

RÉALITÉ JURIDIQUE ET RÉALITÉ SOCIALE

Étude sur les Rapports entre le Droit et la Sociologie
et sur le Rôle du Droit dans la Vie sociale

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

Présentée et soutenue le 6 Mars 1942, à 14 heures

PAR

François RUSSO

Jury :

Président : M. MESTRE, Professeur.
Suffragants } M. SCELLE, Professeur.
 } M. GOUHIER, Professeur.

LIBRAIRIE
DU
RECUEIL SIREY

(Société Anonyme)

22, Rue Soufflot, PARIS (5^e)

1942

Université de Paris. — Faculté de Droit

Nom du candidat : **RUSSO**

Prénom : **François**

Date de la Soutenance : **6 Mars 1942, 14 heures.**

Numéro d'ordre :

1

RUSSO, François.

Réalité Juridique
et Réalité Sociale

Paris, Recueil Sirey, éditeur,
1942,
in-8°, 211 + xvi pages.

Thèse de Droit
Paris (1942, N°).

2

RUSSO, François.

Réalité Juridique
et Réalité Sociale

Paris, Recueil Sirey, éditeur,
1942,
in-8°, 211 + xvi pages.

Thèse de Droit
Paris (1942, N°).

3

RUSSO, François.

Réalité Juridique
et Réalité Sociale

Paris, Recueil Sirey, éditeur,
1942,
in-8°, 211 + xvi pages.

Thèse de Droit
Paris (1942, N°).

4

RUSSO, François.

Réalité Juridique
et Réalité Sociale

Paris, Recueil Sirey, éditeur,
1942,
in-8°, 211 + xvi pages.

Thèse de Droit
Paris (1942, N°).

Thèse de Doctorat RUSSO

Thèse de Doctorat Russo

Thèse de Doctorat Russo

Thèse de Doctorat Russo

RUSSO, François.

Réalité juridique
et Réalité Sociale

Paris, Recueil Sirey, éditeur,
1912.
in-8°, 211 + xvi pages.

Thèse de Droit

Paris (1912, N° ...)

RUSSO, François.

Réalité juridique
et Réalité Sociale

Paris, Recueil Sirey, éditeur,
1912.
in-8°, 211 + xvi pages.

Thèse de Droit

Paris (1912, N° ...)

RUSSO, François.

Réalité juridique
et Réalité Sociale

Paris, Recueil Sirey, éditeur,
1912.
in-8°, 211 + xvi pages.

Thèse de Droit

Paris (1912, N° ...)

RUSSO, François.

Réalité juridique
et Réalité Sociale

Paris, Recueil Sirey, éditeur,
1912.
in-8°, 211 + xvi pages.

Thèse de Droit

Paris (1912, N° ...)

RÉALITÉ JURIDIQUE
ET
RÉALITÉ SOCIALE

**Etude sur les Rapports
entre le Droit et la Sociologie
et sur le Rôle du Droit
dans la Vie sociale**



Digitized by the Internet Archive
in 2026

RÉALITÉ JURIDIQUE ET RÉALITÉ SOCIALE

Étude sur les Rapports entre le Droit et la Sociologie
et sur le Rôle du Droit dans la Vie sociale

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

Présentée et soutenue le 6 Mars 1942, à 14 heures

PAR

François RUSSO

Jury :

Président : M. MESTRE, Professeur.
Suffragants { M. SCILLE, Professeur.
 { M. GOUHIER, Professeur.

LIBRAIRIE
DU
RECUEIL SIREY
(Société Anonyme)

22, Rue Soufflot, PARIS (5^e)

1942

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.



SOMMAIRE

	Pages
INTRODUCTION.	1
Concurrence et rivalité du droit et de la sociologie quant à l'étude de la vie sociale. — Attitude propre cependant de chacune de ces deux disciplines. — Efforts récents pour rapprocher droit et sociologie. <i>Un essai théorique et pratique de solution du problème : la sociologie juridique</i> ; ses insuffisances	1
<i>But de ce travail</i> : non pas une étude exhaustive et systématique, mais simplement une recherche d'hypothèses de travail et d'idées directrices	6
<i>Remarques préliminaires de méthode</i> : il faut rapprocher le point de vue philosophique et <i>a priori</i> , des analyses positives concrètes ; unir connaissance de la méthode et connaissance de la réalité étudiée ; concevoir la science de façon plus riche et plus souple, en faisant une plus large place à la logique, à la portée scientifique du dégagement d'une notion, aux rapports avec la technique	7
Le terme « sociologie » sera pris au sens très étendu de connaissance aussi exhaustive que possible de la vie sociale ; mise en garde préalable contre la confusion, souvent faite, entre définition du droit et nature du droit	12
Principaux travaux utilisés pour cette étude	15
Ordre adopté dans l'exposé	17
CHAPITRE LIMINAIRE. — LE DUALISME FONDAMENTAL DU JURIDIQUE ET DU SOCIAL	20
<i>Théories selon lesquelles le droit est une pure émanation de la conscience collective</i> : Part de vérité qu'elles comportent ; leurs graves insuffisances. — L'imprécision, l'indétermination et le pluralisme de la conscience collective appellent une élaboration juridique distincte de la vie sociale spontanée.	20

	Pages
<i>Le droit donnée extérieure à la vie sociale spontanée</i> : Le droit est, en grande partie, œuvre de spécialistes (législateur, jurisconsulte, diseur de droit) ; par là il se différencie de la vie sociale spontanée et collective. Souvent aussi le droit est reçu d'une autre société. Importance des emprunts de droit..	22
<i>L'élaboration juridique consciente, exigence sociale essentielle</i> : En dépit des liens qui le rattachent aux phénomènes collectifs et spontanés, le droit en est cependant distinct par bien des aspects. L'élaboration juridique exigeance sociale essentielle	26
 PREMIÈRE PARTIE. — ETUDE COMPARÉE DE LA MÉTHODE JURIDIQUE ET DE LA MÉTHODE SOCIOLOGIQUE.	
— CARACTÈRES DU DROIT SE MANIFESTANT PAR SON MODE D'ÉLABORATION.	
 CHAPITRE PREMIER. — LES TROIS MODES GÉNÉRAUX D'ÉLABORATION DU DROIT : SPONTANÉITÉ, RÉFLEXION, CONSTRUCTION	29
Etude critique préliminaire des deux couples de notions fondamentales dégagées par M. Gény et, aujourd'hui, presque classiques : <i>donné</i> et <i>construit</i> ; <i>science</i> et <i>technique</i> ; équivoques et confusions auxquelles peuvent donner lieu ces notions.	29
<i>L'élaboration spontanée du droit</i> : le droit se constitue, en partie, à même l'activité sociale. Exemple de la formation du droit des brevets d'invention et du droit des sociétés de commerce	33
<i>L'élaboration réfléchie positive</i> : l'élaboration spontanée ne suffit pas. Il faut y joindre un effort conscient et organique ; mais, avant qu'interviennent des constructions proprement dites, il y a prise de conscience et simple étude positive des données sociales. Portée sociologique et efficacité technique de cette phase réflexive et scientifique de l'élaboration juridique	37
<i>La construction</i> : l'élaboration scientifique ne suffit pas non plus. Il faut ajouter aux données sociales des éléments nouveaux, des <i>constructions</i> . Mais ces constructions doivent rester proches des faits. — Observations de M. de la Bigne de Villeneuve sur les constructions en droit constitutionnel. — Il ne faut pas se limiter à l'aspect éthique de la construction : elle comporte aussi la création de structures relevant directement de la technique sociale et, indirectement seulement, de l'éthique	40

Un exemple d'élaboration juridique où se rencontrent les trois aspects <i>spontané, réfléchi, construit</i> : l'élaboration du statut des terres collectives en Tunisie	Pages 45
CHAPITRE II. — ETUDE PLUS PARTICULIÈRE DE L'ASPECT NORMATIF DE L'ÉLABORATION JURIDIQUE	48
<i>L'opposition classique entre science normative et science positive</i> : elle entraîne une conception incomplète et inexacte des rapports entre droit et sociologie, entre réalité juridique et réalité sociale ; il est vrai toutefois que l'on corrige d'ordinaire cette opposition en reconnaissant que l'étude normative des faits sociaux doit être précédée d'une étude positive	48
<i>La notion de fait normatif</i> : en dépit de cette concession à la science positive, la conception courante des sciences sociales demeure cependant fondée sur une notion trop « physique » du fait social et sur une méconnaissance de l'existence de finalités sociales naturelles. — La notion du <i>fait normatif</i> introduite par M. Gurvitch. — La science sociale ne peut être purement positive ; elle est essentiellement une science de finalités. Intéressante position de M. Vialatoux à cet égard	50
<i>Nécessité de dépasser les données positives</i> : on ne peut toutefois accepter telles quelles les finalités spontanées de la vie sociale. Il faut en opérer un tri, les juger. Cette opération est proprement normative, mais reste en continuité avec l'opération de simple constatation ; la science normative est dans le prolongement direct de la science positive.	53
<i>Mode d'action des normes sur les faits</i> : passant de l'examen de la méthode à celui de la nature de l'objet étudié, on recherche les rapports avec la vie sociale du droit considéré comme valeur. Ces rapports présentent deux types d'aspects : tantôt la valeur est comme intérieure à la vie sociale et la travaille comme un ferment, tantôt elle lui est extérieure et alors se manifeste un dualisme assez net du juridique et du social qui n'exclut d'ailleurs pas certaines interactions. — Importance de cet état de choses quant à la conception des rapports entre histoire du droit et histoire sociale. Exemples des théories démocratiques au Moyen-Age, du Khalifat en Islam.	(56

	Pages
CHAPITRE III. — ETUDE PLUS PARTICULIÈRE DE L'ASPECT TECHNIQUE DE L'ÉLABORATION JURIDIQUE	61
Rappel de la distinction essentielle entre élaboration technique quant au but et élaboration technique quant au moyen. On se propose de caractériser et de distinguer, dans l'élaboration du droit, les procédés scientifiques et les procédés juridiques. — Difficulté de la comparaison de la méthode juridique et de la méthode sociologique due au fait que la sociologie s'est constituée sans tenir suffisamment compte du droit	61
<i>Vue d'ensemble sur le droit dans son aspect de science sociale</i> : témoignages de Thaller, Hauriou, Lambert, Sorokin	63
<i>Les procédés scientifiques assurent en grande partie la réalisation des fins techniques du droit</i> : critique de la position de M. GénY, faisant une place trop grande aux procédés spécifiquement juridiques ; le P. Delos reste, sur ce point, très proche de M. GénY. — M. Tissier, M. Dabin ont grandement contribué à mettre en évidence l'aspect scientifique de beaucoup de procédés que l'on a longtemps qualifié de procédés spécifiquement juridiques. — Critique des théories volontaristes qui exagèrent la création au détriment de l'analyse positive et réfléchie du donné social. — Méthode juridique et méthode sociologique dans le cas particulier de l'étude de la personnalité morale	65
<i>Le droit comme discipline pratique. — De quelques aspects particuliers du droit qui pourraient sembler n'être en rien scientifiques</i> : les juristes sinon le législateur, du moins le juge et le jurisconsulte sont liés par des textes. Cette situation n'interdit pas la recherche scientifique : les textes sont très riches de données sociales ; de plus, il n'est pas interdit d'éclairer les textes par l'étude des réalités sociales d'où ils sont issus ou auxquelles ils s'appliquent	73
Même lorsque les textes ne s'imposent pas obligatoirement à lui, le juriste est porté à étudier les faits sociaux présents à l'aide de la science juridique du passé. Cette attitude du juriste n'en demeure pas moins, pour une bonne part, sociologique : le droit des sociétés anciennes est riche de science sociale ; mais le juriste n'est plus sociologique lorsqu'il applique à la vie présente les notions d'une science sociale du passé insuffisamment élaborée et présentant des lacunes	77

<i>Un exemple : la propriété : la propriété dans le passé et dans le présent au point de vue juridique et au point de vue sociologique</i>	83
--	----

CHAPITRE IV. — SCIENCE ET TECHNIQUE CONSIDÉRÉES DANS CERTAINS PROCÉDÉS PLUS PARTICULIERS DE L'ÉLABORATION JURIDIQUE	87
--	-----------

<i>La recherche de principes et la constitution de systèmes : Contrairement aux apparences il n'y a pas là un procédé spécifiquement juridique. Rôle des systèmes et des principes d'après Thaller, Larnaude, Carré de Malberg, del Vecchio. Pour ces auteurs, ce rôle est éminemment scientifique : la science, en effet, vise essentiellement à former un ensemble cohérent et unifié de la diversité des données du réel. Or c'est ce qu'assurent les systèmes juridiques. Le juriste atteint même ainsi à une connaissance plus profonde de la vie sociale que le sociologue</i>	87
--	----

<i>Les procédés logiques : La logique, non plus, ne constitue pas un procédé spécifiquement juridique. Certes, le juriste fait parfois un usage exagéré de la logique au détriment de l'observation. De plus les procédés logiques déforment, dans une certaine mesure, la réalité. Mais, réagissant contre un intuitionisme et un antiintellectualisme encore trop en faveur, il y a lieu d'insister sur la portée scientifique de ces procédés</i>	92
--	----

<i>Fonction plus précise de la logique dans le droit d'après les conceptions de Kelsen : Il faut reconnaître, avec Kelsen, que certains ensembles de faits sociaux forment des structures susceptibles d'être étudiées d'un point de vue purement logique. Mais on ne saurait faire de tout le droit une logique indépendante de principes supérieurs ou des données sociales positives</i>	96
---	----

<i>Le conceptualisme juridique : Bien qu'imparfait le concept est un instrument indispensable assurant d'ailleurs de façon satisfaisante la saisie du réel. — Le concept introduit des discontinuités, souvent mais non toujours artificielles, beaucoup d'aspects de la vie sociale étant discontinus</i>	99
--	----

<i>La présomption et la fiction : Bien que constituant des procédés vraiment propres au droit, la présomption et la fiction ont, néanmoins, un aspect scientifique assez marqué ; ainsi lorsque la présomption substitue à une donnée inaccessible une donnée probable accessible</i>	103
---	-----

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE. — La prise de conscience et l'étude scientifique du donné social satisfont en grande partie aux fins techniques du droit. Beaucoup de procédés mis en œuvre dans l'élaboration juridique, bien qu'en apparence propres au droit, sont, en réalité, des procédés d'étude scientifique de la vie sociale. — La science cependant ne suffit pas à assurer l'élaboration du droit ; une construction doit intervenir. Mais cette construction n'est proprement juridique que par un aspect ; elle est aussi l'application à la vie sociale de normes éthiques ou la création de structures sociales, opérations qui ne sont, en rien, spécifiquement juridiques. — Ces constructions juridiques ou sociales, bien que dépassant l'étude positive de la vie sociale, restent cependant très proches de la science positive

108

DEUXIÈME PARTIE. — CARACTÈRES FONDAMENTAUX DE LA RÉALITÉ JURIDIQUE CONSIDÉRÉE DANS LA VIE SOCIALE : EXTÉRIORITÉ, STABILITÉ, CONTRAINTE, CARACTÈRE FORMEL.

CHAPITRE PREMIER. — LE DROIT COMME EXTÉRIORITÉ. 113

Question renouvelée par les études récentes de MM. Gurvitch, Aron, Madinier, Lacroix. Le droit expression, sensible, tangible de la vie sociale. Cette expression ne peut être traitée pour elle-même. Elle doit être rattachée aux réalités sociales plus profondes d'où elle dérive. Ainsi en doit-il être, en particulier, du droit international et du droit constitutionnel. Cette expression juridique de la vie sociale est certes appauvrissante mais n'en est pas moins, cependant, largement significative

113

L'extériorité du droit se manifeste en particulier par le fait qu'il n'atteint qu'indirectement les intentions mais, contrairement à ce que l'on soutient parfois, il ne les néglige pas ; il cherche même à en tenir compte toujours davantage

117

Le droit serait encore extériorité en ce sens qu'il ne concernerait que l'ordre social extérieur (position de René Capitant). Cette conception oppose artificiellement la vie individuelle à la vie collective

118

Le droit médiation entre le spirituel et le sensible.

120

Le droit aspect objectivé de la vie sociale : tangible, mesurable en quelque sorte, le droit est du

social objectif et s'oppose aux éléments simplement objectifs beaucoup moins précis et saisissables ; idées, croyances. Il y a là une des raisons principales de l'autonomie du droit. Possibilité d'atteindre « l'objectif » à partir de « l'objectif » 121

Idee sociale et structure sociale : le droit aspect d'organisation de la vie sociale par opposition à la « mystique ». Cette organisation est la condition de l'incarnation de l'idée ; mais il arrive que, tendant à vivre pour elle-même, elle étouffe le « spirituel ». D'un point de vue plus général, on peut distinguer les réalités sociales selon le « degré d'idées » qu'elles contiennent. Il est des structures dont la détermination est indifférente à la conscience sociale. Mais elles ne constituent pas tout le droit. Une grande partie du droit reste « chargé d'idées ». Il n'y a pas, à cet égard, de distinction radicale entre le juridique et le social 124

Le droit aspect logique et « universel » de la vie sociale : de la nature de l'expression juridique résulte que le contenu du droit comprend certaines matières sociales de préférence à d'autres. — Le droit est principalement l'aspect « universalisable » de la vie sociale ; il a tendance à en négliger les aspects plus affectifs et plus personnels. Ce caractère universel du droit explique le rôle prépondérant de la logique dans l'élaboration juridique et l'autonomie de certains aspects du droit vis-à-vis des circonstances historiques concrètes du milieu où il s'est formé. — L'Etat, aspect logique, universel de la vie publique d'une société, s'oppose à la Nation qui réunit des éléments plus affectifs et plus personnels. A ce point de vue, le droit science des faits sociaux universels s'oppose à la sociologie science des faits culturels 128

CHAPITRE II. — LE DROIT COMME STABILITÉ 135

Le droit en tant que permanence et régularité se présente comme un aspect particulier des institutions. A cet égard, le problème des institutions commande donc celui du droit. Les institutions examinées à la lumière du dualisme de l'histoire et de la sociologie ; position de Seignobos entraînant une séparation radicale entre l'histoire et la sociologie. Conceptions plus fécondes de L. Sturzo et de R. Aron, selon lesquels les institutions se rattachent étroitement aux faits historiques 135

	Pagés
<i>La stabilité, exigence profonde de la vie sociale :</i> Elle peut être mécanisation ou sclérose ; mais elle présente aussi des aspects plus positifs : elle conserve les richesses sociales, libère pour des activités plus hautes ; elle est aussi une condition essentielle d'un progrès fécond. Observations d'Hauriou en ce sens	138
<i>Continuité entre stabilités et mouvement social :</i> Il n'y a pas, dans les faits sociaux, de séparation radicale entre la stabilité et le mouvement. Un phénomène intermédiaire : les <i>directives</i> ; elles manifestent la tendance des activités les plus dynamiques à se régler, à se stabiliser	140
<i>La genèse des stabilités juridiques à partir du mouvement social.</i> — Nécessité pour comprendre les institutions juridiques de les rattacher au milieu où elles ont pris naissance	142
<i>Les stabilités juridiques « encadrement » de la vie sociale :</i> Les stabilités juridiques ne sont pas seulement effet ; elles sont aussi cause. Elles tendent à vivre d'une vie propre et à s'imposer aux faits sociaux, même à ceux dont elles procèdent. — Certains domaines, cependant, n'acceptent pas l'encadrement juridique : en droit international, domaine réservé à la compétence exclusive des Etats ; actes de gouvernement en droit public interne	145
<i>L'évolution des institutions juridiques :</i> Les stabilités juridiques s'adaptent aux exigences changeantes de la vie sociale et évoluent. Mais elles ont un mouvement plus régulier que les autres faits sociaux. Degrés variables de rigidité des institutions juridiques ; lois constitutionnelles et lois ordinaires	147
<i>Conclusion sur les stabilités juridiques :</i> elles sont à la fois très proches des faits de mouvement social et cependant assez nettement différenciés	150
CHAPITRE III. — LE DROIT COMME CONTRAINTE	152
<i>La contrainte organisée n'est pas un caractère essentiel du droit</i>	152
<i>Elargissement de la notion de contrainte :</i> La contrainte organisée ne se rencontre pas dans tous les phénomènes juridiques. N'est commune à tout le juridique, que la contrainte entendue dans un sens plus large, c'est-à-dire comme une certaine aptitude du droit à s'imposer du fait de la valeur de son contenu ou de sa fonction sociale	153

SOMMAIRE

XIII

Pages

<i>La contrainte organisée est cependant nécessaire au droit ; sans elle, bien souvent, le droit ne serait pas appliqué</i>	155
<i>La contrainte, caractère commun à tout fait social.</i>	156
<i>Activité contrainte et activité libre. Difficulté de les séparer ; comme contrainte le droit ne se sépare pas toujours des autres phénomènes sociaux</i>	158
<i>Matière sociale atteinte par la contrainte juridique : La contrainte ne porte pas indifféremment sur toute matière sociale. Elle atteint principalement les matières sociales constituant le minimum éthique. Mais elle atteint aussi les domaines plus vivants et plus dynamiques de la vie sociale</i>	159

APPENDICE A L'ÉTUDE DU DROIT

CONSIDÉRÉ COMME EXTÉRIORITÉ, STABILITÉ ET CONTRAINTE : POLITIQUE ET JURIDIQUE.

Dans le domaine de la vie publique, le dualisme du politique et du juridique se rattache aux caractères étudiés précédemment de stabilité, extériorité et contrainte. Le juridique est extériorité, organisation, permanence, contrainte prévisible. Le politique, au contraire, est plus riche d'éléments affectifs ; il manifeste davantage le caractère original de la vie d'une société. Il est manifestation d'une contrainte mais d'une contrainte au service d'un pouvoir discrétionnaire. — La loi lieu de rencontre du politique et du juridique	161
--	-----

CHAPITRE IV. — CARACTÈRE FORMEL DU DROIT 164

<i>Le droit, « mise à part » de certaines règles sociales : Si le droit se trouve nettement distingué des autres faits sociaux bien que son contenu ne soit pas toujours différencié de façon précise, la raison en est dans le caractère formel de « mise à part » qui contribue à achever la détermination du droit. Cette « mise à part » se présente d'une façon très évoluée dans la promulgation du droit par une assemblée, mais elle existe dès lors que le droit est distingué par la conscience sociale des autres faits sociaux</i>	164
---	-----

<i>Un exemple : la notion formelle du droit à l'époque révolutionnaire en France</i>	166
---	-----

Fonction sociale de cette « mise à part » : La « mise à part » du droit au moyen d'une opération formelle, trop négligée par les sociologues, présente

	Pages
une grande importance sociale. Elle assure la sécurité par une connaissance exacte de la règle. Intérêt à cet égard des conceptions de Carré de Malberg	168
 TROISIÈME PARTIE. — CHAPITRE UNIQUE. — LA	
RÉALITÉ JURIDIQUE ENGAGÉE DANS LA VIE SOCIALE..	171
Après ces études particulières, il paraît nécessaire de voir dans une vue d'ensemble la manière dont le droit est engagé dans la vie sociale. — La réalité juridique ne se comprend bien que considérée dans le milieu social où elle est engagée ; sa détermination est alors complétée, précisée. Positions, en ce sens, de MM. Seignobos, Joseph Barthélémy, Mirkine Guetzevitch	171
<i>Revêtement juridique et infrastructure sociale :</i> Etude plus précise des rapports qui s'établissent ainsi entre réalité juridique et réalité sociale : degré d'observation de la règle. — Le revêtement juridique et l'infrastructure sociale : Le droit apporte une qualification « officielle » des faits naturels, qui peut différer de leur qualification sociale	174
Un même fait social peut recevoir plusieurs revêtements juridiques ; inversement une même forme juridique peut assurer des fonctions sociales différentes. Importance de ces observations pour l'histoire du droit ; exemple de l'histoire constitutionnelle de la France au cours du XIX ^e siècle	177
<i>Vie autonome des formes juridiques.</i> — Les formes juridiques, vivant d'une vie autonome, en viennent à remplir des fonctions sociales de toute autre nature que celles pour lesquelles elles avaient été originellement créées. Exemples empruntés au droit de l'antiquité grecque. La vie autonome des textes : sa portée sociale	181
<i>Ordre juridique et ordre social :</i> nécessité pour les faits sociaux d'accéder au plan juridique. — Résistances opposées par l'ordre juridique à la reconnaissance des faits sociaux. Légitime autonomie de l'ordre juridique. L'ordre juridique est une image simplifiée, schématisée de la vie sociale. — Obligation cependant pour l'ordre juridique de suivre l'évolution de l'ordre social	183
 CONCLUSION	 187
<i>Les trois moments de la « dialectique » du juridique :</i>	•

Premier temps : sociologisme. Le droit est la vie sociale dans ce qu'elle a de plus profond, de plus spontané, l'élaboration juridique montre de façon précise combien le droit est riche de matière sociale, combien la méthode juridique reste proche de la méthode d'étude scientifique de la vie sociale. 187

Deuxième temps : juridisme. Le droit apparaît comme un aspect différencié de la vie sociale. Il est principalement extériorité, stabilité, contrainte, séparation formelle des autres faits sociaux. Vie autonome du droit 188

Troisième temps : retour au social. Le droit bien que différencié reste cependant très dépendant du milieu social d'où il procède. Si distinct qu'il soit des autres faits sociaux, il retrouve le social en s'engageant dans la vie sociale. Enfin, malgré sa différenciation, le droit tend cependant toujours à atteindre la totalité de la vie sociale 189

Ambiguïté de l'importance sociale du droit : le droit apparaît comme un élément secondaire de la vie sociale par ses aspects de mécanisation, d'extériorité, de formalisme, de schématisation. Mais il est, au contraire, un élément de grande portée comme prise de conscience, construction, moyen de transformer la société, d'y faire pénétrer des idées 191

Vers un élargissement des points de vue du juriste et du sociologue et une plus large compénétration du droit et de la sociologie : Le juriste devra prendre davantage conscience de la portée sociologique de sa recherche, faire une plus large place à l'observation positive. De son côté le sociologue devra tenir compte, plus qu'il ne le faisait auparavant, des phénomènes juridiques. — Double équivoque s'opposant à une bonne organisation de la science juridique. Tantôt le droit se présente, en théorie, comme un droit « pur », mais en fait devient une sociologie ; tantôt il se présente comme une sociologie, mais reste, en fait, limité à des points de vue juridiques. — Vers une compénétration plus large du droit et de la sociologie ; nécessité de placer à la base du droit des études de sociologie 192

Pluralisme du droit quant à son contenu et à ses modes d'élaboration 195

Problèmes de sociologie et de méthodologie générale posés par cette étude. Rôle des valeurs dans la vie sociale ; prise de conscience ; dualisme de la stabilité et du mouvement ; de la contrainte et de la liberté, de la mystique et de l'organisation.

	Pages
Au point de vue méthodologique, on s'est efforcé, aussi bien d'éviter des confusions telles celles qui règnent autour des notions de technique ou de construit, que des séparations trop radicales entre questions qui pour être bien comprises doivent être rapprochées, ainsi la science et la technique ; la science positive et la science normative	198
BIBLIOGRAPHIE	203

Sigles :

Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie juridique, depuis 1931, Sirey, in-8°. Cité : APDS.

Annuaire de l'Institut International de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique. Cf. Bibliographie. Cité : AIIPD.

Revue Historique du Droit Français et Etranger. Cité : RHDF.

INTRODUCTION

Quiconque se pose un peu sérieusement le problème de l'organisation actuelle des sciences sociales ne peut manquer d'être frappé du manque de coordination entre le droit, discipline pratique et qui a derrière elle une longue tradition, et les sciences sociales, disciplines désintéressées et de formation toute récente. « Les vieilles disciplines professionnelles et les nouvelles de culture générale ont tendance à vivre côte à côte sans chercher à s'interpénétrer » (1). Et cependant, elles sont naturellement amenées à se rencontrer ; une sourde rivalité existe même entre elles ; car l'une et l'autre entendent traiter de toute la vie sociale. En vérité, elles ont chacune des titres sérieux à ce monopole ; mais l'une et l'autre ont des défauts à peu près aussi graves, quoique de nature différente, quant à la méthode et l'étendue du domaine atteint.

Voyons d'abord comment se présente le droit. Il suffit de parcourir les manuels classiques pour constater que presque toutes les matières sociales y sont abordées. De plus, la manière même dont les questions sont exposées donne l'impression que le secteur de la vie sociale dont on traite est étudié de façon complète. Ou, du moins, si on laisse pressentir que des études complémentaires pourraient venir prolonger l'étude juridique, une place organique ne leur est pas ménagée ; elles n'apparaissent que comme un supplément, un simple appendice. Et cependant, si l'on veut pénétrer un peu profondément

(1) E. Lambert, *L'Enseignement du Droit comme Science Sociale*, Giard, 1928, p. 52.

dans l'étude des réalités sociales, bien vite l'exposé juridique se révèle insuffisant ; il n'épuise pas la question, laisse de côté certains problèmes fondamentaux. Néanmoins, malgré ces insuffisances, quelle densité et quelle richesse sociale nous offre le droit ; quelle force de pénétration et quelle rigueur !

C'est aussi tous les domaines de la vie sociale que la sociologie, plus encore que le droit, prétend aborder. De fait, elle paraît plus large, plus complète ; elle est aussi plus positive, moins sèche, plus séduisante. Et cependant, elle néglige, elle aussi, des aspects importants de la vie sociale ; tout spécialement les phénomènes juridiques n'y sont pas suffisamment étudiés. De plus, elle est trop « unie », pas assez différenciée ; les notions premières et les théories explicatives y sont un peu trop simples, pas assez élaborées. Ainsi, la notion de conscience collective dont on a voulu faire la notion de base de toute la sociologie. Quant à la méthode, si elle a le mérite de faire une large part à l'observation, elle manque, par ailleurs, de rigueur et de précision.

Ainsi peut se faire, semble-t-il, en de très brèves notations, une première mise en place de ces deux disciplines considérées en elles-mêmes et dans leurs rapports.

Depuis déjà un certain temps cette différence d'attitude du juriste et du sociologue en face du social a été remarquée. Des essais d'harmonisation des points de vue ont été tentés. Juristes et sociologues ont cherché à se rapprocher.

Les préoccupations sociologiques ont pénétré dans le domaine du droit tandis que les sociologues tenaient compte davantage des phénomènes juridiques. On sait quel bel effort de synthèse représentent, à cet égard, l'œuvre d'un Hauriou ou d'un Duguit. Mais nous ne pensons pas que, pour autant, aussi bien au point de vue pratique qu'au point de vue théorique, les rapports entre droit et sociologie aient été tirés au clair. Et ce n'est pas parce qu'aujourd'hui, plus souvent qu'autre-

fois, l'on parle du point de vue juridique et du point de vue sociologique, comparant et opposant l'un et l'autre, que l'on peut se déclarer satisfait. Car il reste à rechercher en quoi consistent exactement ces points de vue, ce qui n'a guère été fait jusqu'ici.

Toutefois, une discipline nouvelle a été constituée, précisément en vue d'établir une liaison entre le droit et la sociologie ; c'est la sociologie juridique. Deux publications y sont principalement consacrées en France, la série C des Annales sociologiques (2), et les Archives de philosophie du Droit et de Sociologie juridique (3).

La sociologie juridique comporte-t-elle une méthode précise et a-t-elle résolu le problème théorique des rapports entre le droit et la sociologie ?

Les principes qui sont à la base de la sociologie juridique n'ont pas été souvent exposés ; toutefois nous possédons quelques études sur la question dont la plus importante paraît être celle de M. Hubert (4).

La sociologie juridique est marquée d'abord du souci de ne pas isoler les faits juridiques des autres manifestations de la vie sociale. « C'est, dit M. Hubert, son caractère essentiel » (5). Elle a le sens du caractère fondamentalement social des faits juridiques ; « se proposer une étude de sociologie juridique, c'est se proposer d'atteindre par leur aspect juridique une certaine catégorie de faits sociaux ». D'une façon plus précise, la sociologie juridique a pour but : « d'étudier, d'une part la genèse du droit à partir de la vie sociale, et d'autre part l'application et le fonctionnement du droit » (6). M. Gurvitch pose le problème de façon à peu près identique : « La sociologie juridique met la conduite juridique en rapport avec les autres phénomènes de la vie sociale en les intégrant dans le même ensemble, le même tout de

(2) Alcan ; continuation depuis 1926 de *l'Année Sociologique*.

(3) Cette Revue traite surtout de Philosophie du Droit.

(4) *Science du Droit, Sociologie Juridique et Philosophie du Droit*, APDS, 1931, c. 1-2, p. 53.

(5) Loc. cit., p. 55.

(6) Loc. cit., p. 57.

la vie sociale ; elle recherche les causes de leur genèse et de leur développement » (7).

Mais, si le problème est ici posé de façon satisfaisante, — ce sont bien là les principales questions que nous aurons à aborder — il n'est pas pour autant résolu. Il reste à préciser le mode de genèse du droit à partir de la vie sociale : c'est tout le problème de l'élaboration juridique ; ensuite, la façon dont le droit s'engage dans la vie sociale. Nous verrons combien ces phénomènes sont complexes et présentent des aspects variés. De plus, ces phénomènes ne seront compris de façon un peu profonde que si l'on cherche à préciser les caractères fondamentaux du droit ; faute de quoi nous n'aurions de ces phénomènes qu'une vue toute formelle et trop générale. Toutes ces questions ne paraissent pas avoir été traitées de façon complète et un peu systématique par les théoriciens du droit et de la sociologie juridique.

Nous craignons aussi, en adoptant ces vues sur la sociologie juridique, de nous engager dans une tendance un peu trop sociologique relativement aux rapports entre le droit et la sociologie. On ne sent pas en effet chez les auteurs que nous venons de citer un souci assez prononcé de mettre en évidence les aspects différenciés et autonomes du droit. On peut craindre, dans ces perspectives, de voir le droit se « dissoudre » dans la sociologie. M. Hubert ne dit-il pas que la sociologie juridique « n'admet pas que les faits juridiques vivent d'une existence à part et qui leur soit propre ? » (8). Or, nous aurons à insister sur cette autonomie du droit tout en reconnaissant, cependant, ses limites. D'ailleurs, ainsi entendue, la sociologie juridique ne semble pas tenir compte, comme il conviendrait, de certains procédés du droit tels que la logique et le conceptualisme. Ainsi M. Hubert écarte de la sociologie juridique les considérations logiques et les visions rationnelles du droit (9) et ne fait qu'une brève allusion

(7) *L'Expérience Juridique*, 1935, p. 83.

(8) *Loc. cit.*, p. 55.

(9) *Loc. cit.*, p. 58.

à l'aspect de réflexion et de prise de conscience qui donne au droit un caractère très marqué et d'une grande portée sociologique.

Enfin, telle qu'elle apparaît, en fait, dans les assez nombreuses études auxquelles elle a donné lieu, la sociologie juridique ne se présente pas comme une discipline autonome mais plutôt comme une reprise de questions déjà rencontrées dans les différentes branches du droit ou de la sociologie. Cette impuissance pratique à se constituer en discipline autonome laisse présumer qu'à la base manquent des notions précises et très élaborées sur les rapports entre le droit et la sociologie.

Il reste donc, tenant compte bien entendu de tout ce qui a déjà été fait dans ce domaine, à tenter une étude plus complète des rapports entre le droit et la sociologie.

Les raisons théoriques et en quelque sorte intemporelles, ne sont pas seules à réclamer ce travail. Les circonstances concrètes de l'heure présente nous y incitent également : on constate chez beaucoup de ceux qui touchent d'une façon plus ou moins directe le droit ou la sociologie, une préoccupation très vive de rapprochement entre le point de vue juridique et le point de vue sociologique.

Ce souci de rapprochement s'est manifesté en France, ces dernières années, par la création de périodiques nouveaux : *Annales d'histoire économique et sociale* (10) dont un des buts principaux est de mettre en évidence dans l'histoire des faits sociaux des aspects que les études d'histoire du droit sont portées à négliger ; *Revue d'Histoire Politique et Constitutionnelle* (11) pour rapprocher le droit constitutionnel des études d'histoire politique ; *Les Annales du Droit et des Sciences Sociales* fondées par un groupe de jeunes juristes en 1938 pour

(10) Fondées en 1929 par MM. L. Febvre et M. Bloch, Colin. Devenues depuis 1939 les *Annales d'Histoire Sociale*.

(11) Depuis 1937, Sirey.

intégrer davantage dans les études juridiques les données sociales et économiques.

Est-il besoin de signaler aussi, tous les tâtonnements et toutes les hésitations dans les tentatives récentes d'amélioration de l'enseignement des sciences sociales ?

Cet état de choses nous dicte semble-t-il de façon assez nette le dessein de ce travail. Il ne s'agira pas de faire œuvre vraiment originale mais, simplement de tenter, d'une part d'harmoniser et d'organiser les positions très divergentes existant en la matière et, d'autre part, d'amener à une conscience plus claire ces tendances très riches mais obscures que nous constatons. Notre étude ne prétend nullement être exhaustive ; on se bornera à dégager, à partir d'analyses assez concrètes, les principales questions maîtresses et idées directrices qui commandent le problème.

Il ne faudrait pas, non plus, chercher dans nos analyses une vue d'ensemble sur l'évolution du droit dans ses rapports avec la vie sociale. Pas davantage un dosage précis des divers éléments qui, pour une société déterminée, fixent les relations entre le droit et la sociologie. Notre but est beaucoup plus modeste. Il s'agira seulement de contribuer à créer un outillage et des hypothèses de travail pour aborder de tels problèmes.

On pourrait évidemment penser qu'une telle étude théorique et méthodologique est un peu prématurée, au fond peu nécessaire. Ne vaut-il pas mieux laisser la pratique déterminer elle-même, peu à peu, dans les études concrètes la nature des rapports entre droit et sociologie ? Certes, la théorie seule ne saurait suffire, mais elle est cependant nécessaire surtout dans la question qui nous occupe ; car, sous-jacente aux études concrètes, on trouve, implicite, une théorie incomplète, étroite et unilatérale des rapports entre droit et sociologie.

De plus, de graves confusions règnent autour des notions fondamentales de donné, de construit, de techni-

que ; des séparations radicales ont été établies, qui, pour simplifier les problèmes, les faussent aussi radicalement : ainsi les oppositions classiques entre la science et la technique, le positif et le normatif.

Cet état de choses justifie un travail théorique qui chercherait à préciser les bases du problème.

Pour le conduire à bonne fin dans les conditions les plus favorables il paraît nécessaire de présenter au préalable un certain nombre de remarques de méthode qui nous semblent essentielles.

Tout en respectant l'originalité de la méthode des sciences sociales il semble, en particulier, possible et même très profitable d'y utiliser certaines orientations récentes de la méthodologie scientifique résultant spécialement du développement des sciences de la nature mais qui ont une portée très générale.

REMARQUES PRÉLIMINAIRES DE MÉTHODE

Une remarque tout d'abord concernant les rapports entre méthode a priori et méthode concrète. Nous pensons qu'il est indispensable d'utiliser des analyses concrètes si l'on veut déterminer de façon un peu précise et détaillée les rapports existant entre le droit et la sociologie. Procéder par une méthode a priori risque de ne donner que des résultats assez vagues et assez pauvres. Le problème des rapports entre le droit et la sociologie ne peut être vraiment résolu qu'en unissant de façon intime méthode a priori et méthode concrète. Fusion de points de vue qui pourrait être qualifiée de « méthode d'analyse réflexive des données concrètes juridiques et sociales ». S'il ne faut pas, en effet, se limiter à des considérations purement a priori ou étrangères à l'expérience, il ne faut pas davantage en rester à de pures descriptions positives. Ces données positives, il faut les pénétrer d'idées et essayer, en quelque sorte, d'en trouver l'âme profonde. C'est alors que doivent entrer en jeu des vues philosophiques. Certes, nous ne manquons

pas d'études juridiques très techniques où interviennent des considérations philosophiques : mais les principes et idées philosophiques y semblent appliqués du dehors ; elles ne font pas vraiment corps avec le donné positif.

N'est-ce pas le reproche que l'on pourrait adresser à l'œuvre de M. Géný ? Les théories philosophiques qu'il invoque ne font pas vraiment corps avec ses analyses juridiques concrètes, par ailleurs si riches. Il en va de même aussi de l'œuvre de R. P. Renard (du moins pour les ouvrages qui datent de l'époque où il était professeur à l'Université de Nancy) (12). On le voit appliquer à des analyses concrètes très pénétrantes des principes philosophiques empruntés à Duhem, Henri Poincaré ou Bergson, qui ne paraissent pas véritablement animer la matière positive analysée.

A l'inverse, dans certaines études de théorie du droit les constructions philosophiques sont assez développées mais n'utilisent les données positives que dans une exemplification peu systématique ou incomplète.

Précisément dans l'œuvre plus récente du R. P. Renard, il semble que les idées de philosophie du droit qu'il développe si brillamment ne soient pas suffisamment appuyées sur des analyses concrètes. Ainsi, une des raisons pour lesquelles la théorie de l'Institution, à laquelle le R. P. Renard a apporté de si remarquables contributions, reste encore assez imprécise, tient à ce que les idées théoriques n'ont pas été suffisamment éclairées et éprouvées par des analyses concrètes.

Dans l'œuvre d'Hauriou, au contraire, l'union des considérations philosophiques et des études concrètes est réalisée de façon très profonde. Sa philosophie est pleinement incorporée dans les analyses juridiques.

Chez M. Gurvitch on trouve aussi alliées de façon très heureuse l'analyse positive concrète et la réflexion philosophique.

(12) Cf. Bibliographie à la fin de notre ouvrage.

Il serait plus fécond de chercher à atteindre les structures fondamentales du droit à partir d'analyses réflexives, fidèles et complètes, du donné juridique concret. Mais ceci exige de nombreuses et très minutieuses descriptions qui, pour les phénomènes juridiques du passé, devraient s'appuyer sur des études historiques que nous ne possédons pas encore. Nous utiliserons cependant quelques analyses très remarquables qui, pour des points particuliers, permettent de dégager des aspects importants des rapports entre le droit et la sociologie.

Quoiqu'il en soit, l'essentiel dans le genre d'étude que nous entreprenons, est d'être sans cesse en garde contre un manque de positivité, contre une réflexion trop hâtivement philosophique, contre un abus de théories *a priori* n'ayant pas de références suffisantes à l'expérience.

« Au lieu de s'adresser à la seule raison et de déduire logiquement d'un concept abstrait les traits caractéristiques de la règle de droit, il faut d'abord suivre à l'intérieur d'une civilisation la formation et l'évolution des phénomènes juridiques » (13).

Il faut aussi éviter, à l'opposé, les descriptions purement positives d'où ne se dégagent pas les phénomènes juridiques et sociaux fondamentaux. Trop d'études d'histoire de droit, parfaites au point de vue de la technique historique, conduites sans souci de compréhension profonde des phénomènes observés, restent, en définitive, sans grande portée théorique.

Autre observation préliminaire importante : la nécessité d'étudier concurremment la nature d'une réalité et la méthode employée pour la connaître. On a cru longtemps que ces deux problèmes pouvaient être traités séparément. Du moins, c'est ainsi que l'on procède d'ordinaire dans l'enseignement de la philosophie scientifique. Il y a là un sérieux obstacle à l'intelligence des

(13) P. Duclos, *La Notion de Constitution dans l'Œuvre de l'Assemblée Constituante*, Dalloz, 1932, p. 2.

problèmes. Ils sont en effet en dépendance réciproque. Pour comprendre la méthode il faut déjà avoir une certaine connaissance de la nature de l'objet auquel elle s'applique ; inversement, la connaissance de la méthode est déjà révélatrice de certains caractères de l'objet. Aussi, une étude formelle de la méthode sans référence à la nature de l'objet est vague, sans portée véritable ; et, réciproquement, des considérations sur la nature d'un phénomène qui ne portent que sur les résultats et négligent l'exposé de la méthode risquent de rester à la surface des choses.

En science sociale, à ces raisons générales, viennent s'ajouter des raisons particulières d'unir méthode et matière étudiée : la réalité sociale étant en grande partie le fruit d'une réflexion sur le donné social immédiat, ses caractères dépendront de la méthode qui aura servi à la constituer ; méthode scientifique ou méthode plus nettement constructive.

On comprend alors que nous ayons associé dans une même recherche la comparaison du droit et de la sociologie d'une part, la comparaison de la réalité sociale et de la réalité juridique d'autre part. Le premier problème, pour être traité de façon complète, nous amène à étudier non seulement la méthode juridique mais aussi le domaine sur lequel porte le droit ; ces deux questions se retrouvent dans le second problème : comme nous venons de le dire, en effet, pour déterminer la nature du droit, nous devons étudier, d'abord la réalité juridique directement, ce qui inclut le problème du domaine de la vie sociale sur lequel porte le droit ; mais nous devons aussi préciser cette étude par une étude de la méthode juridique.

Ainsi donc, pour que notre étude soit complète, nous devons traiter à la fois, deux problèmes ; et ceci n'affecte en rien, on vient de le voir, l'unité de notre travail.

Notre travail sera aussi guidé par une conception très souple et en même temps plus profonde de la véritable

nature de la science. Au lieu de considérer l'énoncé de lois, comme constituant fondamentalement la science on est porté actuellement à reconnaître qu'il y a science, c'est-à-dire pénétration de la réalité, dégagement de l'intelligibilité des choses, dès que l'on met en évidence une notion, un concept et, surtout, lorsque l'on introduit de l'unité dans un ensemble apparemment divers, à l'aide de principes d'où les données particulières peuvent ensuite se déduire. Dans cette conception plus large, beaucoup de procédés d'élaboration juridique, ordinairement considérés comme purement techniques, se révéleront, en réalité, comme scientifiques.

Nous aurons aussi à insister sur la portée scientifique de l'usage de la logique dans la recherche scientifique ; la critique du conceptualisme, une part exagérée faite à l'intuition, le succès de l'expérimentation ont fait trop oublier la portée scientifique des déductions et de la logique. Cette tendance générale, appliquée dans le droit, est cause de ce que l'on n'a pas vu la portée scientifique de certains procédés de la méthode juridique.

Enfin, il paraît utile de faire bénéficier la méthode des sciences sociales de la conception plus souple que l'on se fait actuellement des rapports entre la science et la technique. On a reconnu qu'il y avait entre ces deux manières d'aborder la réalité, des rapports étroits et que l'on ne pouvait y voir deux démarches distinctes. Il n'y a pas entre la pratique et la science l'opposition que l'on s'est si souvent plu à marquer. Le cas pratique, même apparemment très humble, pourra fréquemment provoquer des recherches scientifiques de très haute portée. Bien plus, les exigences très rigoureuses imposées à la technique sont une garantie du sérieux et de la profondeur des études scientifiques auxquelles elle a donné lieu. Nous verrons combien, en droit, ces remarques peuvent avoir d'intérêt, faisant reconnaître une grande valeur sociologique à des opérations qui pourraient sembler très techniques.

Après ces remarques de méthode assez générales, nous croyons utile, afin de mener notre travail de façon aussi claire et féconde que possible, de présenter deux observations plus particulières, l'une sur la notion de sociologie, l'autre sur celle du droit.

Nous nous livrons, disons-nous, à une étude des rapports entre le droit et la sociologie. Mais, tout d'abord, qu'entendre par sociologie ? N'est-ce pas une notion très indéterminée ? Pour certains, c'est la science sociale entendue au sens le plus large ; pour d'autres, c'est l'étude purement positive de la réalité sociale par opposition aux études normatives ou plus philosophiques. Et l'on pourrait citer encore bien d'autres conceptions.

Nous retiendrons ici la notion la plus large, en entendant par sociologie l'étude de la vie sociale de la manière la plus exhaustive. Donc nous incluons dans le terme de sociologie, aussi bien une étude positive qu'une étude normative, aussi bien une étude des institutions qu'une étude des faits plus changeants de la vie sociale. Partir d'une définition plus étroite de la sociologie serait risquer de fausser beaucoup de questions ; ce serait même, très illégitimement, supposer résolu un certain nombre de problèmes.

En effet, selon nous, il n'est pas évident que l'on puisse constituer une science sociale bien définie et autonome qui se limiterait à la seule étude positive des faits sociaux ; nous montrerons, tout au contraire, que cette étude positive est foncièrement incomplète et que c'est à tort qu'on lui oppose comme constituant une science distincte, une étude normative des faits sociaux — ou une science sociale, soit-disant exhaustive, qui dépasserait les perspectives, considérées comme assez superficielles, de l'étude positive, pour atteindre la nature intime de la réalité sociale. Un tel emploi du mot sociologie paraît légitime.

Nous ne pensons pas, en effet, que l'expression « sociologie » soit attachée à la notion d'étude positive des

faits sociaux à tel point qu'il soit interdit de l'appliquer à une étude plus complète de la vie sociale.

D'ailleurs, nous aurons l'occasion de préciser au cours de notre travail certains aspects particuliers de cette science sociale très générale ; alors, pourront apparaître des distinctions dans la manière d'aborder la réalité sociale. Nous retrouverons la distinction entre méthode positive et méthode normative et d'autres distinctions moins courantes, entre histoire et sociologie, entre sciences des faits culturels et sciences des faits communs à toutes les sociétés, etc.

Mais nous n'introduirons ces points de vue restreints qu'en les légitimant ; nous montrerons, d'ailleurs, qu'ils ne suffisent pas à constituer des disciplines autonomes, ce qui justifiera nos précautions initiales.

Ce n'est qu'en nous plaçant dans ces perspectives sociales très larges que nous avons chance d'apercevoir dans toute son ampleur le phénomène juridique et de respecter l'unité qu'il constitue.

A des points de vue particuliers, telle que celui d'une sociologie entendue de la seule étude positive des faits sociaux, nous pourrions craindre de négliger des aspects importants des rapports entre le droit et la vie sociale et aussi d'introduire dans les phénomènes des séparations qui ne correspondraient pas à la nature des choses.

En entendant la sociologie au sens le plus complet, aussi bien quant à l'étendue du domaine social atteint que quant à la profondeur de pénétration de la connaissance, nous sommes tout à fait en accord avec les orientations actuelles qui tendent à regrouper en un ensemble cohérent et organique les diverses sciences sociales.

Quant à la notion de droit, nous n'avons pas, pour le moment, à en chercher une définition précise, mais simplement à présenter à son sujet une observation d'ordre plutôt formel. Elle concerne les équivoques qui règnent autour des idées de définition, de caractère et de nature

du droit. Il semble, qu'au simple point de vue logique, il y ait là de graves imprécisions et confusions qui ne sont pas sans nuire sérieusement à la position des problèmes de la philosophie et de la théorie du droit.

Tout d'abord, on semble oublier, (nous nous excusons de ce rappel de logique très élémentaire) qu'une définition doit s'appliquer à tout le défini et rien qu'au défini. Quand, donc, il s'agira de définir le droit, on évitera d'une part d'introduire dans la définition un caractère qui ne se rencontre que dans une partie seulement des phénomènes juridiques, d'autre part on s'assurera que tel caractère que l'on déclare définir le droit ne s'applique pas à des phénomènes autres que les phénomènes juridiques. Trop souvent, on présente comme définissant le droit la contrainte organisée qui ne se rencontre que dans les phénomènes juridiques les plus évolués ; ou bien, on définit le droit par la stabilité, caractère qui n'est pas propre aux seules institutions juridiques, mais appartient à tous les genres d'institutions.

Quant à la notion de nature du droit, elle est souvent, à tort, identifiée avec la définition du droit. Une définition peut être excellente et cependant n'exprimer en rien l'essence ou la nature profonde de la réalité définie. Ainsi, admettant que la contrainte permette de définir le droit, ce qui n'est vrai qu'en prenant le terme dans un sens assez large, il n'en résulte pas, pour autant, que la contrainte exprime la nature profonde du droit. Elle n'en est même qu'un caractère assez extérieur beaucoup moins fondamental, par exemple, que le caractère de stabilité (qui ne pourrait, comme nous l'avons vu, servir de définition, mais qui constitue un aspect important du droit).

Aussi, contrairement à ce que laisseraient croire certaines études de théorie du droit, on n'a pas tout dit sur le droit lorsque l'on en a fourni une définition. Bien des caractères pourront n'avoir pas encore été analysés.

Dans tout notre travail, conformément à ces remarques, nous nous efforcerons, en étudiant chaque note du

droit, de préciser ces différents points ; sans cette préoccupation, il semble qu'une étude sur les problèmes que pose le droit présenterait une grave imperfection.

PRINCIPAUX TRAVAUX UTILISÉS

Comme nous le disions en commençant, cherchant moins à faire œuvre originale qu'à organiser en un tout aussi complet et équilibré que possible les tendances assez divergentes et parfois opposées qu'offrent, en la matière qui nous occupe, la philosophie et la théorie du droit, il paraît utile de mentionner brièvement, les auteurs et les ouvrages sur lesquels se fonde notre travail et dont il dépend directement. Nous nous sommes efforcés d'assimiler de façon fidèle la pensée de ces auteurs avant de nous livrer à une organisation plus personnelle de la question.

Tout d'abord, dans un ordre de réflexion assez générale sur le social, mentionnons, spécialement, en dehors des ouvrages classiques bien connus, l'enseignement et l'œuvre méthodologique de Simiand (14) et de M. Mauss (15) puis, dans une ligne plus nettement philosophique, la thèse fondamentale de R. Aron, *Introduction à la philosophie de l'Histoire* (16).

En philosophie et théorie du droit, dans la ligne très féconde des théories où le droit naturel a une place prédominante quoique très souple, nous devons beaucoup à l'œuvre de M. Le Fur (spécialement *les Grands Problèmes du Droit*) (17) et à celle de M. del Vecchio dans ses *Leçons de philosophie du droit* (18) et dans son ouvrage plus récent *Justice, Droit, Etat* (19).

(14) L'essentiel en est exposé dans l'Introduction de son grand ouvrage, *Le Salaire, l'Evolution Sociale et la Monnaie*, 3 v. Alcan, 1932.

(15) Voir surtout article *Sociologie de la Grande Encyclopédie* et *Plan de Sociologie Générale*, dans les *Annales Sociologiques*, série A, 1935.

(16) Gallimard, 1937.

(17) Sirey, 1937.

(18) Sirey, 1936.

(19) Sirey, 1938.

Pour les études à orientation plus sociologique, nous avons, naturellement, tenu compte des travaux de Lambert (20) ; de Duguit, surtout son *Traité de Droit Constitutionnel* (21) ; d'Hauriou spécialement son ouvrage *Aux Sources du droit* (22). Parmi les travaux faisant une plus large place à la technique juridique, nous devons mentionner l'œuvre de d'Ihering (23) qui reste toujours fondamentale. Plus près de nous, celle non moins fondamentale de Saleilles (24) dont dépend si directement quoiqu'elle n'en reprenne pas tous les aspects, l'œuvre capitale de Gény, *Science et Technique en droit positif* (25) complétée et développée par Dabin dans *La Philosophie de l'ordre juridique positif* (26) et surtout dans *la Technique de l'élaboration du droit positif* (27). Pour la théorie de la technique juridique, nous avons utilisé aussi avec grand profit les travaux du doyen Morin, de M. Aillet et de M. Haesert.

Dans la ligne des travaux dépendant en sociologie soit d'Hauriou soit de Duguit et, en philosophie, de la scolastique et des doctrines de l'Ecole sociale catholique, mentionnons l'œuvre du P. Renard : *la Théorie de l'Institution* approfondie tout dernièrement dans *la Philosophie de l'Institution* (28) ; du P. Delos, surtout *la Société Internationale et les Principes du Droit Public* (29) ; et, plus récemment, du P. Desqueyrat, *l'Institution, le Droit*

(20) *La Fonction du Droit civil Comparé*, Giard, 1903.

(21) De Boccard, 5 v., 1922-27.

(22) Recueil d'articles parus dans différentes Revues. Cahier de la Nouvelle Journée, n° 23, Bloud, 1933.

(23) Cf. Bibliographie à la fin de notre ouvrage.

(24) Cf. Bibliographie à la fin de notre ouvrage ; nous avons surtout utilisé les articles : *Droit civil et Droit Comparé*, *Revue Internationale de l'Enseignement*, 1911, t. LXI, p. 1 sq. ; *Rapports du Droit et de la Sociologie*, *Revue Internationale de l'Enseignement*, 1904, t. XLVIII, p. 430 ; *Ecole Historique et Droit naturel*, *Revue trimestrielle de Droit Civil*, 1902, p. 80.

(25) Sirey, 4 v., 1913-25.

(26) Sirey, 1929.

(27) Sirey, 1935.

(28) Cf. Bibliographie à la fin de notre ouvrage pour la liste complète des œuvres du R. P. Renard.

(29) Pedone, 1931.

objectif et la technique positive (30), ouvrage qui sera repris et développé dans des études qui doivent paraître prochainement.

Nous avons suivi de très près, sur certains points, l'œuvre si riche de M. Gurvitch qui, on le sait, a eu une influence tout à fait importante sur l'évolution de la philosophie du droit depuis 10 ans (31).

Nous avons étudié le positivisme juridique français dans l'œuvre de Carré de Malberg (32) et de son disciple M. Waline (33) ; le positivisme juridique de l'Ecole de Vienne dans l'œuvre de Kelsen (34).

Les exemples concrets ont été empruntés, pour l'histoire, surtout à la *Revue Historique du droit français et étranger* et à des monographies et études spéciales, en particulier, les cours d'histoire du droit public de M. Grandelaude sur la Monarchie française (35) et les articles du P. Lecler dans les « Etudes » (36) ; pour la sociologie, nous avons spécialement utilisé la très importante étude du P. Tonneau sur la propriété (37) et l'ouvrage du P. Desqueyrat sur le même sujet (38).

ORDRE ADOPTÉ DANS L'EXPOSÉ

Pour achever cette introduction, il nous reste à indiquer l'ordre selon lequel nous comptons présenter notre exposé :

(30) Sirey, 1933.

(31) Cf., surtout, *l'Idée de Droit Social*, Sirey, 1932. Voir la Bibliographie détaillée à la fin de notre ouvrage.

(32) Surtout, *Introduction à la théorie générale de l'Etat*, Tenin, 1920 ; *La Loi expression de la volonté générale*, Sirey, 1931. Voir bibliographie détaillée à la fin de notre ouvrage.

(33) Spécialement : *Défense du positivisme juridique*, APDS, 1939, c. 1-2.

(34) Kelsen a, lui-même, donné une vue d'ensemble de sa doctrine dans un article de la *Revue de Métaphysique et de morale*, 1934 : *Méthode et notion fondamentale de la théorie pure du Droit*, p. 183.

(35) *Les Lois Fondamentales de la Monarchie Française*, Paris, Les Cours de Droit, 1932-33.

(36) Spécialement, *Propriété et Féodalité, Etudes*, 1934, t. CCXIX, p. 433.

(37) Article *Propriété*, *Dictionnaire de Théologie Catholique*, par Vacant et Mangenot, Letouzey.

(38) Spes, 1939.

Dans un chapitre liminaire, nous caractériserons, dans ses traits essentiels, la position du droit par rapport à la vie sociale. Nous montrerons que cette position est fondamentalement dualiste, le droit pouvant être considéré selon les points de vue, tantôt comme situé au plus intime de la vie sociale, comme une de ses émanations les plus immédiates, tantôt, au contraire, comme un élément différencié de la vie sociale, venant de l'extérieur s'imposer à la conscience collective. Dualisme de base qui sera sous-jacent à toutes les analyses faites au cours de ce travail et que nous retrouverons enrichi et expliqué dans notre conclusion.

Après cet aperçu général nous mènerons notre recherche en trois étapes.

Première étape : étude comparée de la méthode juridique et de la méthode sociologique. Nous déterminerons en quoi la méthode juridique peut être considérée comme une étude scientifique de la réalité sociale, se trouvant ainsi être identique à la méthode sociologique ; en quoi, au contraire, elle présente des procédés qui lui sont propres. Bien que cette comparaison de deux méthodes soit l'objectif principal de cette première partie nous aurons déjà, anticipant sur notre deuxième partie, déterminé certains caractères de la réalité juridique, ceux qui résultent du mode de constitution du droit, tout spécialement les aspects de prise de conscience, de construction, de valeur, et de logique.

Deuxième étape : étude directe de la nature de la réalité juridique comparée avec la réalité sociale. Nous considérerons la réalité juridique non plus dans sa genèse, mais telle qu'elle se présente à nous dans la vie sociale ; alors pourront être examinés ces caractères fondamentaux par où le droit revêt un aspect particulier dans l'ensemble de la vie sociale : l'extériorité, la stabilité, la contrainte, le caractère de séparation formelle. Cette détermination des domaines sur lesquels porte le droit nous permettra d'achever la comparaison du droit et de la sociologie puisque nous aurons déter-

miné de façon plus complète quelle matière sociale fait l'objet de l'élaboration juridique. Dans cette deuxième partie nous aurons déjà étudié à des points de vue particuliers les interactions du juridique et du social.

Troisième étape : étude d'ensemble du mode d'engagement du droit dans la vie sociale. Nous déterminerons les différents types de relations qui peuvent s'établir entre le droit et le social et la mesure dans laquelle le droit apparaît comme un « ordre » autonome dans la vie sociale.

On voit que chacune de ces parties, bien qu'abordant le problème d'un point de vue bien déterminé, concourt cependant à la solution des deux problèmes que nous avons reconnus devoir être traités concurremment : l'étude comparée de la science juridique et de la science sociale d'une part, de la réalité juridique et de la réalité sociale d'autre part.

CHAPITRE LIMINAIRE

LE DUALISME FONDAMENTAL DU JURIDIQUE ET DU SOCIAL

LE DROIT ÉMANATION DE LA CONSCIENCE COLLECTIVE

La théorie selon laquelle le droit serait issu de la conscience populaire a été développée surtout par l'Ecole Historique de Savigny dans la première partie du XIX^e siècle et reprise, en un sens un peu différent, dans les conceptions de la conscience collective de Durckheim et de son Ecole. Dans ces perspectives, le droit est considéré comme une émanation fondamentale de la conscience populaire. Cette conception, sans doute systématique, a contribué à mettre en évidence des aspects du droit longtemps négligés ; elle a utilement réagi contre les doctrines selon lesquelles le droit était tout entier l'œuvre du législateur ; par elle, l'attention des philosophes du droit a été attirée sur l'importance de la coutume. On a ainsi reconnu, que, bien souvent, le moment créateur dans la formation du droit était la phase d'élaboration collective et spontanée et non pas la phase où les professionnels du droit, par des procédés dits techniques, transformaient ces données en réalités juridiques formelles.

Mais très vite, des difficultés se présentent qui nous empêchent d'accepter cette théorie comme la seule explication de la formation du droit.

Tout d'abord, la notion de conscience collective qui nous est ainsi proposée ne paraît pas correspondre à la

réalité. La conscience collective, en effet, est souvent mal déterminée, ou du moins, vague et imprécise comme tout ce qui est jaillissement de la vie et n'a pas encore été été pénétré par la réflexion. Par là, elle ne répond pas aux besoins de précision et de clarté que doit satisfaire le droit dans la vie sociale. Elle laisse sans réponse des questions sociales fondamentales.

Ajoutons que cette conscience collective n'est pas une (39). Elle est souvent divisée et comporte des éléments opposés : « Les courants dominants sont contrariés par des contre-courants, des courants transversaux » (40). De là résulte que le droit sera moins une émanation de la conscience populaire qu'un compromis entre des tendances opposées ou la prédominance d'une tendance sur les autres.

Aussi la conscience collective se révèle-t-elle comme fondamentalement impuissante à constituer entièrement le droit. Elle en peut fournir des éléments importants mais, à elle seule, elle ne peut en assumer entièrement l'élaboration. On conçoit que du dynamisme même de la vie sociale, se dégage un appel vers un complément qui vienne achever la détermination du droit.

Donc, ces observations élémentaires nous montrent déjà les insuffisances de la théorie selon laquelle le droit serait issu tout entier de la conscience collective. Par là apparaît la nécessité pour la société de « recevoir » du droit.

Nécessité que confirme l'observation directe de la manière dont se présente le droit dans la vie sociale. Très souvent, il n'apparaît pas comme une émanation directe de la conscience collective.

(39) Cf. Gurvitch, *Essais de Sociologie*, Sirey, 1938.

(40) Cf. le livre si suggestif de Dicey, *Etude sur les Rapports entre le Droit et l'Opinion publique en Angleterre au XIX^e siècle*, tr. fr. Giard, 1906.

LE DROIT DONNÉE EXTÉRIEURE A LA VIE SOCIALE SPONTANÉE

De ce droit non directement émané de la conscience collective, il existe deux grandes catégories : d'une part le droit reçu de spécialistes ou, d'une façon plus générale, élaboré, non par l'ensemble de la société, mais par des groupes particuliers et ensuite imposé à toute la société ; d'autre part le droit emprunté à une autre société. Ainsi, il arrivera que des sociétés se verront pénétrées par un droit qu'elles n'auront pas créé et qui pourra même contrarier leurs tendances profondes.

On a signalé, en particulier, toute la large part de libre création qui pouvait revenir au législateur. « Sans prendre les cas extrêmes d'une législation imposée par la force et pour nous en tenir à la France, écrit M. Le Fur, comment pourrait-on soutenir que nos lois anciennes ou nouvelles aient été toutes commandées par les nécessités sociales ou même par l'impérieuse volonté de la population ? Cette affirmation serait nettement inexacte pour un grand nombre d'entre elles. On peut citer presque au hasard, l'article du code civil établissant le partage égal en nature, dont on demande depuis un demi-siècle l'abrogation ou encore notre régime des associations ou des fondations pour lequel nous sommes en retard sur la plupart des pays d'Europe. La loi de séparation des Eglises et de l'Etat est généralement acceptée aujourd'hui en France ; mais elle a été votée par des députés qui, d'après le nombre de voix qu'ils avaient obtenues, représentaient moins d'un sixième des électeurs et d'un vingtième de la population ; alors que, de plus, parmi les membres de la majorité, il n'en était qu'un nombre infime à l'avoir fait figurer parmi les programmes électoraux, et enfin sans que la majorité ait consenti à une consultation préalable des conseils généraux qu'on savait presque unanimement hostiles... on aurait donc tort de rejeter toute formule mettant en évidence le rôle considérable du législateur » (41).

(41) *Les Grands Problèmes du Droit*, pp. 51-52.

Dans un passé plus éloigné, on sait quelle importante création législative est due à un Pierre le Grand, à un Frédéric II ou à un Napoléon. Ces grands législateurs ont certes tenu compte de la conscience populaire, de l'opinion. Mais leur création législative dépasse de beaucoup les données juridiques qui leur pouvaient être ainsi fournies.

Le législateur dans la société n'est pas le seul à créer le droit. D'autres personnes et organes spécialisés y concourent également.

A l'origine des civilisations, le droit n'apparaît pas comme créé par l'ensemble de la collectivité ; la collectivité ne connaît pas son droit ; le droit lui est révélé par des « diseurs de droit » personnages, le plus souvent, revêtus d'un caractère religieux. A Rome c'étaient les Pontifes ; chez les Germains on trouvait « des diseurs de droit qui tenaient des conférences juridiques annuelles où ils révélaient l'ensemble de la coutume à la population assemblée » (42). Sans doute, ces diseurs de droit utilisaient en fait des données qu'ils trouvaient dans la conscience populaire, sans doute aussi (c'était le cas chez les Germains) souvent le peuple conservait la faculté d'approuver ou de rejeter la coutume qui lui était proposée ; mais, finalement, le droit n'était pas considéré comme élaboré par la conscience collective ; il était reçu d'un groupe de spécialistes habilités à la révélation du droit.

Dans les civilisations plus évoluées, bien que sous une forme laïcisée et moins ésotérique, le droit conserve en très grande partie ce caractère de règle formée non par l'ensemble de la collectivité mais par des personnages et groupes spécialisés : à Rome ce sont les jurisconsultes ou Prudents et le préteur ; au Moyen Age, ce sont, en France, les légistes dont l'influence fut si grande sur le développement de notre droit public ; dans le domaine

(42) Petrau-Gay, *La Laghsaga salienne et l'intérêt de ses survivances historiques*, RHDF, 1935, p. 454 sq.

du droit privé, ce sont les milieux de romantistes tel que celui de l'école de droit de Bologne.

De même on a montré que pour le droit anglais, la coutume n'était pas connue du peuple et faite par lui mais qu'elle était constituée par les corps de juges et de jurisconsultes. « Le droit coutumier anglais, disait Summer Maine, n'a jamais existé que dans les « nuages » ou dans le sein des magistrats ; pour le profane il n'a jamais cessé d'être inconnaissable » (43).

On voit combien d'aspects sociologiques importants de la formation du droit seraient négligés si l'on suivait la théorie selon laquelle le droit est tout entier l'émanation de la conscience collective.

Ce n'est pas seulement de groupes ou de personnages situés à l'intérieur de la société mais aussi de l'extérieur que peut venir le droit. Le droit se présente souvent comme un emprunt ; il y a dans les sociétés comme une aptitude très générale à recevoir des institutions juridiques qui ont pris naissance et se sont développées dans d'autres sociétés.

Nouvel aspect par où le droit n'apparaît pas comme issu directement de la conscience collective. Il serait difficile d'exagérer l'importance d'un tel fait que l'on rencontre à tout moment dans l'histoire juridique des peuples. Aspect du droit que n'a guère retenu l'Ecole historique de Savigny préoccupée avant tout de montrer que le droit était une émanation du milieu social.

De toutes ces réceptions de droit, la plus importante est celle du droit romain dans le monde occidental au Moyen Age. On sait quelle a été l'influence du droit romain sur le droit français. Elle n'a été guère moindre en Allemagne. La rédaction des coutumes au xv^e siècle et au début du xvi^e siècle nous y révèle, quoique dans

(43) Cité par Cruet, *La Vie du Droit et l'Impuissance des Lois*, Flammarion, 1908, p. 57.

une mesure variable, selon chaque ville, une assez sensible romanisation du droit (44).

Le droit canonique aussi a fait l'objet de nombreux emprunts. Bien des règles de discipline ecclésiastique se sont formées dans certaines régions déterminées et ont été ensuite reçues dans tout le monde chrétien. On sait, en particulier, l'influence qu'ont eue les collections canoniques, dites insulaires, d'Irlande et d'Angleterre sur le droit canonique du continent (45).

On a signalé des réceptions plus particulières mais non moins typiques, ainsi la réception en Angleterre de la coutume internationale en matière de conflit de lois (46).

En dehors du monde chrétien on observe aussi d'importantes réceptions, tout spécialement, la réception du droit coranique chez les peuples soumis à la domination de l'Islam, celle du droit hindou en Birmanie (47).

Cet emprunt, cette acceptation du droit ne se fait pas toujours de façon immédiate et complète. L'assimilation est souvent assez lente (48). Parfois même, sur certains points, un conflit surgit entre le droit extérieur qui tend à s'imposer et le droit issu de la conscience populaire. On trouve un exemple remarquable de ce fait dans la résistance qu'opposèrent certains peuples à la réception du droit de l'Islam. Ainsi chez les Berbères, contrairement au droit de l'Islam, la femme est restée écartée de l'héritage, le serment purgatoire a conservé un caractère religieux (49).

(44) Cf. Kunkel et Thieme, *Quellen zur neueren Privatrechtsgeschichte Deutschlands*, Weimar, 1936.

(45) Cf. l'ouvrage fondamental de Fournier, *Histoire des Collections canoniques en Occident depuis les Fausses Décrétales jusqu'au Décret de Gratien*, 2 v., Sirey, 1931-32.

(46) Cf. Lévy-Ullmann, RHDF, 1933, p. 210.

(47) Cf. del Vecchio, *Justice, Droit, Etat*, p. 184 sq.

(48) Cf. Tarde, *Les Transformations du Droit*, Alcan, 1893.

(49) Cf. G. Marcy, *Le Problème du Droit Coutumier berbère, La France Méditerranéenne et africaine*, 1939, fasc. 1.

L'ÉLABORATION JURIDIQUE CONSCIENTE,
EXIGENCE SOCIALE ESSENTIELLE

De cet aperçu d'ensemble sur la position du droit par rapport à la vie sociale se dégagent déjà les points essentiels du problème des rapports entre le droit et la sociologie.

Par certains côtés, le droit est la vie sociale dans ce qu'elle a de plus spontané et de plus profond ; par d'autres le droit est un aspect différencié de la vie sociale, il s'oppose alors aux données immédiates de la vie sociale. Il paraît être aussi une matière un peu secondaire qui serait comme située sur la périphérie du social. Nous sommes en présence d'une dualité fondamentale dont nous aurons à préciser les caractères.

Quant à l'élaboration juridique, elle ne peut être uniquement œuvre spontanée et inconsciente de la vie collective. Le droit ainsi formé est, en effet, inapte à remplir les fonctions que doit assumer le juridique dans la vie sociale ; il est mal déterminé, et même incohérent. Une élaboration réfléchie du droit apparaît comme une exigence impérieuse de la vie sociale. Il s'agira de déterminer en quoi cette élaboration, dans une phase scientifique, reste attachée au donné social immédiat ; en quoi elle s'en écarte dans une deuxième phase par l'intervention de constructions sociales ou plus proprement techniques. Science ou technique, simple étude réfléchie du donné ou construction, telles sont les dualités essentielles que nous allons avoir à analyser pour préciser la nature de l'élaboration juridique.

Dès le début de ce travail, qu'il s'agisse de la nature du droit ou de l'élaboration juridique le problème des rapports entre le droit et la sociologie apparaît comme devant être résolu dans une perspective essentiellement pluraliste.

A côté du dualisme fondamental qui vient d'être signalé, nous rencontrerons bien d'autres sources de diversité dans la nature de l'élaboration du droit.

Conception pluraliste que nous justifierons au cours de cette étude et qui n'apparaîtra de manière complète et organique que dans notre conclusion, mais qu'il importe dès maintenant de poser comme idée directrice, comme hypothèse de travail, si l'on ne veut pas se limiter à un seul point de vue, ni s'enfermer dans un « monisme » appauvrissant, péril toujours à craindre dans les recherches touchant la vie sociale et tout spécialement en philosophie du droit.

PREMIÈRE PARTIE

ETUDE COMPARÉE DE LA MÉTHODE JURIDIQUE ET DE LA MÉTHODE SOCIOLOGIQUE CARACTÈRES DU DROIT SE MANIFESTANT PAR SON MODE D'ÉLABORATION

CHAPITRE PREMIER

LES TROIS MODES GÉNÉRAUX D'ÉLABORATION DU DROIT : SPONTANÉITÉ - RÉFLEXION - CONSTRUCTION

La conception de l'élaboration du droit est actuellement dominée par deux couples de notions fondamentales : *donné* et *construit* d'une part, *science* et *technique* d'autre part. Ces notions que nous devons surtout à M. Gény (cfr son grand ouvrage *Science et Technique en droit positif*) sont aujourd'hui presque classiques. Nous ne pouvons aborder l'étude de l'élaboration du droit sans prendre position à leur égard. D'autant que, malgré leur intérêt, elles nous paraissent ne pouvoir être retenues qu'après avoir été débarrassées d'un certain nombre d'imprécisions et d'équivoques. Ce n'est qu'après

cette mise au point préalable qu'il sera possible d'aborder de façon directe l'examen des aspects généraux de l'élaboration juridique.

Tout d'abord, que faut-il entendre par le « *donné* » ? « C'est, nous dit GénY (50), la matière qui sert de base aux efforts des juriconsultes ». Mais de quelle matière s'agit-il ? D'une donnée immédiate de l'histoire, de la vie sociale ou de la raison ; d'un « *donné brut* » ou d'un « *donné* » pénétré par la réflexion, organisé par la science ? La distinction est essentielle. De l'un à l'autre donné il y a toute la distance que recouvre la longue et difficile tâche, hautement scientifique, d'étude réfléchie de la vie sociale. Or cette distinction, M. GénY ne la pose jamais avec netteté. Elle est cependant indispensable pour mettre en évidence, entre les phases d'élaboration pratique et immédiate et la phase de construction proprement dite, la phase d'étude positive de la réalité sociale, ce que M. GénY, appelle la *science*. Par voie de conséquence, la *science*, autre notion fondamentale, ne se présente pas, dans l'œuvre de M. GénY, de façon très satisfaisante. La phase scientifique de l'élaboration juridique est peu analysée et occupe finalement une place assez secondaire par rapport à la construction. Nous pensons pouvoir montrer, au contraire, que cette phase scientifique est un moment essentiel de l'élaboration juridique.

Quant à la notion de *technique*, elle est équivoque et risque aussi de fausser la compréhension de l'économie selon laquelle se fait l'élaboration juridique.

En effet, la *technique*, du fait qu'elle est opposée à la *science*, devrait être définie comme étant constituée par l'ensemble des procédés qui ne peuvent être considérés comme scientifiques. Mais nous la trouvons aussi définie par GénY, comme l'ensemble des procédés qui donnent à la réalité sociale les caractères de précision, de simplicité, d'applicabilité, d'objectivité qu'exigent les fins

(50) *Science et Technique*, t. II, p. 370.

pratiques que poursuit le droit. On retrouve encore cette conception dans l'œuvre de M. Dabin qui, on le sait, a prolongé et approfondi l'œuvre de M. Gény dans son important ouvrage sur la « *Technique de l'Elaboration du droit positif* » (51). Or ces deux définitions ne sont pas équivalentes. Pour qu'elles le soient, il faudrait que l'on ait montré qu'aucun des procédés scientifiques d'étude de la réalité sociale ne satisfait aux buts pratiques du droit ; or ceci n'est nullement évident. Nous montrerons même, au contraire, que l'ordre et la clarté qu'apporte l'étude scientifique de la vie sociale, c'est-à-dire la science sociale ou, conçue au sens large, la sociologie, contribuent, pour une grande part, à donner à la réalité sociale les caractères qui lui permettront de devenir réalité juridique. Si bien que la notion de *technique*, chez M. Gény, est non seulement imprécise mais nuisible à une exacte compréhension de l'élaboration juridique.

Enfin, la notion de *construit*, comporte aussi, chez Gény, une grave équivoque. Elle confond en effet dans la même idée deux choses très différentes : une construction qui ne vise pas directement une fin juridique mais avant tout l'enrichissement de la vie sociale en organismes sociaux nouveaux (par exemple, création d'institutions d'ordre économique, culturel et une construction dont la fin est strictement juridique c'est-à-dire qui, à une réalité sociale déjà constituée (donnée de la vie sociale ou construction au sens précédent), ajoute les compléments nécessaires à assurer une parfaite préhension sur la vie sociale de ces réalités et, d'une façon plus générale, leur adaptation aux fins directement juridiques (clarté, simplicité, objectivité, etc.). Et ceci nous ramène à la notion de *technique* envisagée en tant qu'assurant une construction. Il y aura lieu de distinguer, selon le type de construit réalisé, une technique sociale ou politique et une technique strictement juridique. Cette

(51) Sirey, 1935.

distinction est une des heureuses précisions apportées par M. Dabin aux travaux de GénY.

Après cette mise au point, il nous est maintenant possible d'aborder d'une façon plus substantielle et détaillée l'étude des divers aspects de l'élaboration juridique. Nous allons examiner successivement les trois phases fondamentales de cette élaboration : phase de création spontanée et pratique, phase de simple réflexion, phase de construction. On comprend l'importance de ces analyses pour la recherche que nous poursuivons. L'étude de la phase scientifique nous permettra de déterminer dans quelle mesure la science du droit est une étude scientifique positive de la réalité sociale, en d'autres termes, dans quelle mesure la méthode juridique se ramène à la méthode sociologique au point de vue des procédés employés. Ensuite, l'étude de la construction nous permettra de déterminer, d'une part dans quelle mesure le droit peut être considéré comme une science sociale normative et, d'autre part, en quoi il est une technique spécifiquement juridique. Quant au point de vue de la nature de la réalité juridique, l'étude de la phase d'élaboration spontanée et pratique nous montrera en quoi la réalité juridique peut être considérée comme toute proche de la réalité sociale ; au contraire, l'étude de la phase scientifique et, surtout, celle de la phase de construction nous montrera en quoi la réalité juridique diffère de la réalité sociale immédiate.

Il ne s'agit pas ici d'entreprendre une étude approfondie de tous les aspects de l'élaboration juridique. Nous voulons simplement en caractériser les divers types dans leurs notes essentielles. Comme nous le disions en commençant, nous ne prétendons pas déterminer de façon précise la part respective de chacun de ces aspects dans l'ensemble de l'élaboration juridique. A plus forte raison, on n'entreprendra pas ici un examen des organes qui assurent cette élaboration. Ceci conduirait à poser des questions sortant du cadre de notre travail

car un même organe (parlement, tribunal, groupe social spécialisé dans le droit), utilise des procédés d'élaboration qui peuvent appartenir aux trois types et de plus, l'organe d'élaboration, à côté du procédé employé, présente, sociologiquement des aspects qui ne nous intéressent pas ici, du moins directement. Pour des compléments en ces matières nous renvoyons aux études sur les sources du droit (52).

En réaction contre des idées assez communément admises notre effort va porter, dans ces analyses, principalement sur les points suivants : 1) On voudrait montrer que la méthode juridique d'élaboration du droit est, dans une très large mesure, identique à la méthode scientifique utilisée en sociologie pour étudier la réalité sociale ; 2) Que, fort souvent, sous des apparences de construction juridique se cache en réalité une simple organisation scientifique du donné social ou même seulement une consécration du donné social préalablement élaboré de façon toute spontanée et pratique ; 3) On cherchera à montrer, d'une part la portée sociologique de la phase scientifique de l'élaboration du droit, d'autre part l'efficacité sociale de beaucoup de constructions juridiques.

Notre étude sera conduite en trois temps d'approfondissement progressif : vue générale des trois phases de l'élaboration juridique spontanée, réfléchie, et de construction. Etude plus particulière de deux orientations fondamentales de l'élaboration juridique, la valeur, la technique. Puis, sur un plan encore plus détaillé, nous analyserons quelques procédés plus particuliers de la technique juridique.

L'ÉLABORATION SPONTANÉE DU DROIT

Approfondissant les conceptions un peu vagues de l'Ecole historique, des auteurs récents, en particulier

(52) Spécialement, *Mélanges Hauriou*, Sirey, 1929, et *AIIPD*, t. I, 1934.

M. Edouard Lambert et M. Gurvitch, ont insisté sur l'importance du mode de formation tout pratique et spontané du droit au sein des sociétés. M. Gurvitch analyse ces formes encore imparfaites mais déjà authentiquement juridiques, « données plus immédiates et plus réelles que toutes les règles, qui représenteraient la couche la plus profonde et la plus sentimentale du vécu juridique » (53). Il y a peut-être dans cette façon de présenter les choses un goût un peu prononcé pour l'inorganisé, que l'on retrouve dans toute l'œuvre de M. Gurvitch, mais elle manifeste du moins, une orientation de recherche intéressante surtout en raison de l'importance exagérée qui a été si longtemps donnée, et même encore maintenant, à l'élaboration théorique et réfléchie du droit. En très grande partie, le droit est fait à même l'activité sociale. C'est à tort que l'on tend à dissocier constitution du droit et activité sociale. En fait, bien souvent, ces deux moments sont confondus. Dès l'instant qu'il y a vie sociale, vie communautaire, il y a tendance à la régulation juridique. « Il y a des communautés qui dans un seul et même acte engendrent leur droit et fondent leur existence sur lui, des communautés qui créent leur être en engendrant le droit qui leur sert de fondement ; communautés dans lesquelles la constitution par le droit et la génération d'un droit coïncident » (54). Tout l'effort de M. Gurvitch dans l'analyse de l'idée de Droit Social est en somme une étude approfondie de ce phénomène. Dans de telles perspectives, le droit apparaît vraiment profondément enraciné dans la vie sociale.

L'étude des formes concrètes de cette création spontanée et immédiate du droit pose tout le problème de la formation de la coutume. Il n'entre pas dans le cadre de cette étude d'en faire une analyse complète. Qu'il suffise d'en mentionner quelques aspects particulièrement importants.

(53) *L'Expérience Juridique*, p. 69.

(54) *Le Fur, Les Grands Problèmes du Droit*, p. 211.

L'œuvre de la jurisprudence est déjà toute proche de la vie sociale spontanée en raison du caractère pratique des conflits concrets qu'elle doit résoudre. Mais il existe des sources du droit plus intérieures à la vie sociale (55) : le droit qui se forme dans l'exercice des diverses activités professionnelles ; dans la pratique des affaires, dans les corps de métiers, les syndicats, les groupements d'achat et de vente, etc. ; dans « la lutte des groupes, des partis, des individus » (56).

Précisons cette formation toute spontanée et pratique sur deux exemples concrets : le droit des brevets d'invention, le droit des sociétés commerciales.

Si nous cherchons à connaître ce fait à la fois juridique et social que constituent les brevets d'invention, c'est d'abord à des lois que nous devons nous référer (lois du 7 janvier 1791 et du 7 juillet 1842). On pourrait conclure que les brevets d'invention sont une création du législateur et qu'ils n'existaient pas sous l'Ancien Régime. Comme le dit Monsieur Isoré (à qui nous empruntons les éléments de cet exemple) (57), « Une opinion assez répandue est qu'il n'y avait pas de brevets d'invention avant 1791 ; ils auraient été créés de toutes pièces par le législateur ». Or, une étude de documents du ^{xvii}^e et du ^{xviii}^e siècle révèle qu'en fait, il y avait déjà sinon le nom, du moins la chose. On y trouve bien en effet les éléments essentiels du brevet d'invention : monopole temporaire, nouveauté exigée pour la protection, nécessité que l'invention ait une application industrielle, obligation de donner une description complète du procédé. Or, tous ces éléments ce n'est pas une théorie qui les avait dégagés mais la pratique de la vie commerciale et industrielle. La loi est venue ensuite préciser certains points. Mais l'essentiel de ce qui constitue le

(55) Cf. E. Lambert, *L'Enseignement du Droit comme Science sociale*, 1928, p. 40.

(56) Cf. Mirkine Guetzevitch, *Propos de méthode*, *Revue d'Histoire Politique et Constitutionnelle*, janv.-mars 1937, p. 180 sq.

(57) RHDF, 1937, p. 94.

régime des brevets d'invention existait avant ; la loi ne l'a pas créé.

La genèse des sociétés commerciales fournit un autre exemple typique de l'importance des éléments spontanés et pratiques dans la formation du droit : « Leur essor est une des manifestations les plus caractéristiques de la coutume commerciale. C'est la pratique qui en a déterminé le fonctionnement, et les théoriciens de notre ancien droit n'ont pris à peu près aucune part à son développement » (58). Il existait sous l'Ancien Régime trois types principaux de sociétés : la société générale dont tous les membres étaient responsables *in infinitum* et *insolldum* ; la société en commandite où seuls étaient responsables les commandités ; la société anonyme (en un sens différent des sociétés actuelles du même nom) où n'était responsable que celui avec qui traitait le public ; il existait enfin des sociétés par actions, mais leur nature était alors très mal définie.

La législation du xix^e siècle n'a donc pas eu à créer de toutes pièces la structure des sociétés de commerce. Les principaux éléments lui en ont été fournis par une pratique commerciale vieille de plusieurs siècles. Mais le régime ainsi constitué présentait bien des imperfections ; les dénominations des sociétés étaient imprécises : par exemple on qualifiait de « commandites » des sociétés qui, en réalité, n'en avaient pas les caractères. Une grande incertitude régnait sur le sort des bénéfices en cas de faillite et sur la nature des obligations du commanditaire. Il fallut qu'intervienne le législateur pour mettre de l'ordre dans cet ensemble assez confus.

Ainsi cet exemple montre bien la part importante que peut avoir la pratique dans la constitution du droit en même temps que les insuffisances de cette création pratique et la nécessité de compléter cette élaboration par

(58) Nous empruntons cet exemple à l'étude d'Henri Lévy-Bruhl, *Les différentes espèces de Sociétés de Commerce en France au xvii^e et au xviii^e siècle*, RHDF, 1937, p. 294 sq.

un effort plus réfléchi, plus conscient, plus théorique. Par là apparaît la liaison et le caractère complémentaire des élaborations pratique et théorique du droit.

L'ÉLABORATION RÉFLÉCHIE POSITIVE

Tel est, décrit dans ses lignes essentielles, l'aspect spontané et pratique de l'élaboration du droit. A ce type d'élaboration s'oppose l'élaboration consciente où la réflexion et la volonté jouent un rôle prépondérant.

Cette élaboration consciente comporte deux moments qu'il est absolument indispensable de distinguer si l'on veut éviter des équivoques et des inexactitudes relativement aux rapports entre *donné* et *construit* ; nous en avons déjà touché un mot au début de ce chapitre.

Le premier moment de cette élaboration consciente est le moment scientifique de pure étude positive du *donné* ; il ne comporte pas de construction sociale, de création de structures nouvelles, mais, simplement, une étude scientifique et une organisation du donné social. Le second moment est la phase proprement constructive ; alors, à la réalité sociale, sont adjoints des éléments nouveaux.

On sait combien est vive la discussion entre les théoriciens sur la part respective de ces moments dans l'élaboration du droit. Les juristes sociologues insistent sur l'importance du moment scientifique proprement dit ; les juristes plus dogmatiques, sur l'aspect de construction.

« Pour les premiers, le législateur à moins à faire le droit qu'à le dire ; il doit suivre la méthode sociologique dans la mesure où elle se donne précisément pour objet de dégager des institutions, des mœurs, de la vie même du droit les croyances qu'elles impliquent ; la méthode sociologique d'étude positive de la vie sociale est ainsi excellemment adaptée à ce but » (59). Tâche qui n'est

(59) Aillet, *Droit et Sociologie, Revue de Métaphysique et de morale*, 1923, p. 108.

pas une pure constatation mais qui est un effort de compréhension, d'organisation du donné, de prise de conscience. Il s'agira par exemple à propos de la jurisprudence considérée comme donnée sociale de « dégager les tendances profondes qui plus ou moins inconsciemment dominant et produisent toutes les décisions d'es-pèce » (60).

Ainsi, avant d'être une construction venant s'ajouter au donné social, le droit est d'abord une réflexion sur ce donné social, une prise de conscience de la vie sociale qui, auparavant, n'était que spontanément vécue. On a pu dire, non sans une légère exagération, que « l'organisation consciente est la caractéristique de la société juridique » (61). Mettre en ordre, organiser la diversité sociale c'est là une des tâches essentielles du juriste ; opération qui suffira parfois à constituer la réalité juridique et qui, en tout cas, devra précéder les opérations de construction proprement dite. Or, cette tâche est fondamentalement œuvre de sociologie, de science sociale positive.

On n'a certainement pas assez insisté sur cet aspect de l'élaboration juridique, trop retenu que l'on était, soit par le problème du droit naturel, soit par la technique proprement dite. On n'a pas assez remarqué que, dans la mesure où la réalité sociale était pénétrée de réflexion et organisée par un effort scientifique, elle avait déjà les caractères essentiels requis pour constituer une réalité juridique. Pour qu'il y ait droit il faut qu'il y ait connaissance et certitude. Or, ceci, l'étude scientifique du donné social le réalise dans une très large mesure.

Cette opération a, de plus, une grande portée sociale. La réalité sociale devenue réalité juridique après avoir été pénétrée de réflexion organisée, retourne à la société d'où elle est issue, en l'enrichissant. Dans cette réalité

(60) Haesert, *La Technique juridique*, APDS, 1939, c. 1-2, p. 57.

(61) N. Kralyevitch, *La Portée théorique du glissement du Droit vers la Sociologie*, Sirey, 1939, p. 243.

juridique, la société se reconnaît. Elle retrouve là son bien propre et, cependant, cette tâche de réflexion, elle ne pouvait pas l'accomplir d'elle-même. Tâche d'objectivation de la vie sociale qui transforme profondément la conscience sociale et la fortifie.

La portée scientifique et l'importance sociale de cette prise de conscience, de cette clarification du donné social brut ont été très nettement mis en évidence par un Tarde, ou par un Saleilles. A propos de la formation d'une constitution, Tarde observait : « Une constitution a la valeur d'une explication plutôt que celle d'une réglementation impérative ; son mérite essentiel est d'être sincère ; c'est d'ailleurs une vérité générale que, par la loi, une nation peut beaucoup moins se réformer que se comprendre. La Constitution n'est que de la politique accumulée, généralisée, systématisée » (63). Il y a ici une certaine exagération quant au rôle de la loi. La loi peut aussi réformer ; mais il est important de signaler qu'elle commence par comprendre, organiser, systématiser, c'est-à-dire, qu'elle est une étude scientifique de la réalité sociale avant d'être une construction, point que l'on oublie trop souvent de signaler. Et Saleilles montrait de façon précise cette activité de prise de conscience et de réflexion dans notre ancien droit ainsi que dans le droit romain, lui-même, si souvent présenté à tort comme une pure technique : « En droit romain, l'idée de continuation de la personne du défunt, dans notre ancien droit, celle de la saisine sont des idées précises substituées à une intuition vague et confuse. Et la fonction du droit est précisément d'extraire, des sentiments confus qui s'agitent au fond de l'âme populaire, des formules rationnelles nettes et précises susceptibles d'application positive. Les aspirations qui se font jour à un moment donné dans le milieu social ne peuvent recevoir satisfaction qu'à la condition de sortir du vague et de l'imprécision de la formule purement sociale pour se con-

(63) Cité par Cruet, *La Vie du Droit*, p. 105.

denser en concepts rationnels dont les contours sont nets » (64). On regrette que, chez les théoriciens plus récents du droit, cet aspect de la formation du droit dont l'importance et la signification avait été si bien comprises par les grands maîtres de la génération précédente, ait été un peu perdu de vue. M. Dabin (65), le P. Renard (66) y insistent fort peu et même, pratiquement, le négligent ; ou bien, on réduit cet effort scientifique à une opération précédant l'élaboration technique proprement dite, sans voir que, dans une large mesure, cette élaboration scientifique assure les fins techniques du droit (67).

LA CONSTRUCTION

Nous abordons maintenant la troisième phase de l'élaboration juridique : la construction proprement dite. Cet aspect de l'élaboration juridique n'est évidemment guère considéré par l'Ecole Historique ou les sociologues purement positivistes.

Et cependant, il est tout aussi fondamental que l'aspect spontané ou l'aspect réfléchi. La caractéristique de ce « moment » de l'élaboration juridique consiste en ce que l'on dépasse le réel, le donné, en lui ajoutant des éléments qu'il ne pouvait fournir. A condition de reconnaître, comme nous venons de le faire, l'importance des « moments » spontanés d'une part, de réflexion scientifique d'autre part, on ne risque pas, comme cela se produit souvent, de donner une importance exagérée à la phase proprement constructive de l'élaboration juridique.

Sans cette phase, le droit ordinairement ne pourra s'achever. « La méthode scientifique ne peut conduire le

(64) *Droit Civil et Droit Comparé, Revue Internationale de l'Enseignement*, 1911, t. LXI, p. 45.

(65) *Technique de l'Elaboration du Droit positif*, p. 348.

(66) *La Philosophie de l'Institution*, p. 100.

(67) Ainsi Kralyevitch, *op. cit.*, passim.

juriste jusqu'au bout de son œuvre propre » (68) ; du moins, dans la plupart des cas, « l'œuvre de la jurisprudence ne saurait être toute de science mais aussi de critique et d'action » (69). Aussi « cette obstination de Géný à mêler croyance et science et son refus de se placer en définitive au point de vue sociologique », nous paraît une position très juste.

Dans une large mesure, nous l'avons vu, pour connaître le droit, il suffit de prendre le donné social, de scruter l'âme collective. Mais ce point de vue a besoin d'être complété. Le droit est aussi « l'effet d'un choix prémédité, d'un dosage, d'un équilibre, par conséquent d'une confection véritable, le droit positif est une œuvre construite par le génie humain en vue de collaborer de la manière la plus utile, la plus efficace, la plus économique au progrès humain » (70).

La tâche du législateur n'est pas achevée quand il s'est contenté d'entériner les solutions qui lui sont proposées par le développement spontané de la vie. Il n'est pas vrai que les institutions qu'il crée doivent nécessairement rester lettre morte lorsqu'elles s'opposent à la pensée commune du moment. En d'autres termes, « le législateur fait aussi du droit ; il ne se contente pas de dire le droit. Il est des lois qui dérivent de la nature des choses, mais il en est aussi qui dérivent de la décision des volontés libres » (71). Le droit, dans une assez large mesure, est une construction « artificielle du donné, œuvre d'action plus que d'intelligence » (72) ; en particulier, seule une intervention de volonté permettra de mettre de l'ordre au milieu des tendances diverses et des opinions discutées, qui se disputent l'interprétation

(68) Aillet, *Droit et Sociologie*, loc. cit., p. 112.

(69) Aillet, loc. cit., p. 114.

(70) Dabin, *La Technique de l'Elaboration du Droit positif*, p. 23.

(71) Cf. Desqueyrat, *La part d'Immuable et de Variable dans le Régime des Libertés*, *Semaine Sociale*, Rouen, 1938, Gabalda. — Burdeau, *Essai sur l'Evolution de la notion de Loi en Droit français*, APDS, 1939, c. 1-2.

(72) Géný, *Science et Technique*, t. III, p. 23.

de tant de matières sociales. Une élaboration scientifique est ici impuissante à assurer, seule, ce rôle (73) ; la phase constructive doit intervenir.

Seulement, il faut que ce « pouvoir inventif et d'initiative reste muni de docilité envers l'expérience ». La construction devra être prudente, toute prête à se modifier au contact des faits. N'est-ce pas un tel état d'esprit, relativement à la construction juridique, qui se manifeste dans notre législation actuelle où l'on voit beaucoup de lois déclarées provisoires non en raison d'une instabilité politique mais, parce que ces lois sont des constructions dont on veut éprouver la valeur au contact des faits. Législation toute « d'expérimentation et d'attente ».

Une construction en effet n'a de valeur qu'autant qu'elle a prise sur la vie sociale. Nous aurons l'occasion de revenir encore à plusieurs reprises sur ce point : pour juger de la portée d'un aspect de l'élaboration juridique nous ne devons pas seulement l'analyser en lui-même, mais aussi rechercher s'il pénètre vraiment la vie sociale. On sait de quel discrédit ont été frappées les constitutions qui, soit en France dans la période révolutionnaire, soit en Europe après la guerre de 1914 étaient doctrinalement peut-être séduisantes, mais qui, à l'épreuve des faits, se sont révélées sans portée politique véritable. L'abus, et le peu de portée des constructions juridiques faites sans référence suffisante à l'expérience a été mis en évidence très justement par M. de la Bigne de Villeneuve à propos des Constitutions françaises : « Pendant environ cent cinquante ans, écrit-il, la France officielle a professé sur la législation constitutionnelle une croyance presque idolâtrique. Dès l'aurore de la Révolution de 1789, les « grands ancêtres », dans la philosophie simpliste qui était la leur, se sont évertués à répandre la foi dans l'omnipotence et l'indépendance absolue du législateur constituant et dans la

(73) « Les lois sont des traités de paix », disait Tarde, *Les Transformations du Droit*, 1893, p. 4.

valeur irrésistible et suréminente de son œuvre. La loi, ils entendaient bien ne la recevoir de personne et se réserver intégralement le droit de la faire. Comme le leur disait Clermont-Tonnerre dans la séance du 27 juillet 1789, leur rôle, c'est de « créer une Constitution ». Créer, c'est tirer quelque chose de rien ; c'est aussi façonner cette chose selon son bon plaisir, lui donner la forme, l'importance, l'étendue que l'on veut, agir en un mot en maître suprême. C'est bien ce que voulait faire l'Assemblée de 1789. Elle professait que le bonheur ou le malheur d'un peuple dépend exclusivement de ses législateurs, qui peuvent, à leur gré, y former des troupes d'esclaves ou des phalanges de héros ou de saints. Une vertu mystérieuse anime les textes sortis de leurs délibérations dès que leur est appliquée la forme juridique solennelle qui les met hors de pair et leur assure, sous peine de sacrilège, la docilité des assujettis... Plus ou moins orgueilleusement, plus ou moins explicitement, mais avec une ténacité remarquable, nos Constituants, depuis 1789 ont toujours affirmé leur droit à faire œuvre totalement novatrice, sans se préoccuper, ni de ce qui fut, ni même, pourrait-on dire, de ce qui est, mais uniquement de ce qu'ils estiment devoir être.

« L'homme, écrit Joseph de Maistre, peut tout modifier dans la sphère de son activité, mais il ne crée rien, telle est sa loi au physique comme au moral.. Comment s'est-il imaginé qu'il avait la possibilité de faire une Constitution ? Nulle organisation politique ne peut résulter d'une délibération volontaire, car les éléments qui doivent y entrer ne dépendent pas des hommes, ils leur préexistent et s'imposent rigoureusement à eux. Une Assemblée quelconque ne peut pas *constituer* une nation. Et cette seule prétention dépasse en folie ce qu'on peut imaginer de plus burlesque et de plus extravagant, car tout individu, si intelligent, si libre, si sublime puisse-t-il être, n'est qu'un instrument, un « outil de Dieu » selon l'expression de Plutarque. La conscience de sa liberté ne doit pas lui faire oublier sa dépendance ».

Il s'agit donc bien moins d'aligner, en bonne forme des articles de loi, que de constituer ou plutôt de laisser se constituer sous le contrôle de l'inspiration de politiques et de juristes qualifiés le système constituant » (75).

Il importe de faire dès maintenant quelques observations sur le contenu de cette construction bien que ce qui concerne le contenu même du droit ne doive être directement étudié que dans la deuxième partie de ce travail.

Pour éviter une conception étroite de l'objet de la construction juridique, il convient de remarquer que la construction n'est pas uniquement éthique ou, du moins, que les différentes constructions juridiques ne sont pas éthiques au même degré. Cette remarque, d'ailleurs vaut, non seulement pour la construction mais aussi pour l'élaboration spontanée et pour l'élaboration réflexive positive. Mais, elle est plus spécialement importante ici, car c'est dans la construction que les éléments éthiques ont la plus grande place ; ce point sera repris dans le chapitre suivant.

Les constructions juridiques sont éthiques, visent une fin morale, parce qu'elles sont orientées au bien commun. Mais, parmi ces constructions, on peut faire deux parts. Les unes visent directement et immédiatement une fin morale, ainsi les lois pénales réprimant le vol, la diffamation ou les crimes contre les mœurs ; d'autres constructions juridiques ne sont pas aussi directement éthiques. Elles sont d'abord des techniques visant la bonne organisation de la vie sociale. Entre plusieurs constructions possibles, non pas moralement neutres, indifférentes, car finalement aucune activité humaine n'est indifférente, mais moralement admissibles, certaines seront préférées, non parce qu'elles seront plus morales, mais parce qu'elles auront de meilleures qualités tech-

(75) *Lettres aux Constituants, Illustration*, 12 juillet 1941.

niques ; ainsi en sera-t-il de la plupart des règles de la police routière, de l'administration publique, du système fiscal, de l'organisation commerciale, des hypothèques, des sûretés en général. Il y a donc là deux types de constructions qu'il convient de distinguer soigneusement (76).

On voit donc que, si important que soit le point de vue éthique, il n'embrasse pas l'ensemble des phénomènes juridiques. Il faut y joindre le point de vue de l'organisation sociale, c'est-à-dire le point de vue de la technique si l'on veut avoir une vue équilibrée et complète du problème des rapports du juridique et du social.

C'est seulement par de nombreuses monographies que pourrait être mis en évidence avec précision le caractère de chacun de ces aspects de l'élaboration juridique. Quant à leur dosage, il varie évidemment selon chaque situation particulière. Nous ne pouvons ici entreprendre de telles études ; les bases d'observation présentes ou historiques manquent d'ailleurs bien souvent. Sur la part respective de l'élaboration spontanée et pratique et de l'élaboration réfléchie, signalons l'étude de M. Collinet sur « *Le rôle de la Doctrine et de la pratique dans le développement du droit privé au Bas Empire* » (77). M. Collinet arrive à une solution très nuancée faisant une part à peu près égale aux deux types d'influence ; il montre aussi l'interaction étroite entre les deux modes d'élaboration. Doctrine et pratique à un certain point de vue doivent être considérées moins comme des types d'élaboration distincts que comme deux phases successives d'un même rythme d'élaboration.

L'œuvre toute récente d'élaboration juridique du régime des terres collectives dans la Tunisie du sud-ouest, nous offre, grâce aux études très remarquables qui lui ont été consacrées, un exemple fort intéressant d'une

(76) Cf. Delos, *Rapports entre la Morale et le Droit*, APDS, 1933, c. 1-2.

(77) RHDF, 1928, p. 552 sq.

élaboration où l'on retrouve les trois aspects que nous venons d'analyser (78). Elaboration spontanée et pratique : les administrateurs ont eu d'abord à constater le régime des terres collectives qui se présentait à eux. Il se sont trouvés devant une organisation du régime foncier qui s'était lentement dégagée des conditions de la vie sociale des tribus de bédouins et des données géographiques et économiques du milieu. Puis, après cette pure constatation, est intervenue l'élaboration scientifique : organisation, mise au clair de ces données. Cette phase de l'élaboration est ainsi jugée par M. Despois « La législation française, beaucoup plus rigoureuse que la tradition coranique, tend progressivement à se substituer à elle et sa rigueur paraît de plus en plus conforme aux faits ».

Dans cette phase scientifique il n'y a pas eu création, mais simplement organisation, prise de conscience. La vie vécue par l'indigène a été dégagée et exprimée en termes qu'il n'aurait pas su trouver. Enfin phase constructive : on a cherché, à partir de ces données positives et de ces orientations naturelles, à promouvoir un statut de la propriété indigène présentant toutes garanties morales et sociales : d'où les dispositions d'inaliénabilité des terres, de répartition par le gouvernement tunisien des terres en excédent. Construction plus nette encore dans la création des conseils de tutelles qui doivent assurer la gestion des terres et contrôler leur exploitation. Après avoir noté combien cette organisation des terres collectives dépend des données sociales et économiques, M. Despois constate cependant que les constructions juridiques ont eu proprement un rôle créateur : « Le cadre juridique des terres, écrit-il, renforcé et précisé par la législation française n'est pas sans exercer

(78) Cf. Housset, *Le Statut des Terres collectives et la fixation des indigènes au sol en Tunisie*, Librairie Technique et Economique, 1939, compte rendu dans la revue « *En Terre d'Islam* », 1941, p. 136. Despois, *Le Sahel et les Pays de Basse Steppe*, Les Belles Lettres, 1939, compte rendu dans la revue « *En Terre d'Islam* », 1941, p. 173.

actuellement une action très importante, essentielle même sur l'évolution des genres de vie et de l'économie et sur la transformation des paysages » (79).

Après cette étude générale des trois modes fondamentaux d'élaboration du droit, il nous faut maintenant préciser deux aspects particuliers des phases réfléchie et constructive. Le premier concerne l'élaboration du droit dans le sens de sa fonction normative, le second l'élaboration du droit dans le sens de sa fonction technique.

(79) *Op. cit.*, p. 237.

CHAPITRE II

ETUDE PLUS PARTICULIÈRE DE L'ASPECT NORMATIF DE L'ÉLABORATION JURIDIQUE

L'OPPOSITION CLASSIQUE ENTRE SCIENCE POSITIVE ET SCIENCE NORMATIVE

Lorsque l'on considère le droit dans la perspective où il apparaît comme porteur de valeurs, il est assez courant d'y voir une science sociale normative opposée à la science sociale positive qui serait la sociologie. Que vaut cette distinction entre ces deux manières de connaître la réalité sociale ? Avons-nous là une « *summa divisio* » qui puisse véritablement éclairer le problème des rapports entre le droit et la sociologie ? Il semble que le problème soit moins simple qu'on ne le dit communément. Mais, avant d'entrer dans des analyses plus détaillées, rappelons brièvement les positions classiques.

On oppose ordinairement le droit, science normative, branche des sciences morales, aux sciences sociales positives. M. Baudin dans son cours de Morale (80) oppose ainsi les *sciences axiologiques* ou *sciences de valeur* aux *sciences de faits*. Le P. Delos (81) distingue nettement dans les diverses manières d'étudier la vie sociale » une science qui cherche ce qui est expédient au bien de la société et une autre qui se borne à observer, décrire et

(80) *Leçons de Philosophie Morale*, de Gigord, 1936.

(81) Introduction du *Manuel de sociologie* de Lemonnyer, Tonneau, Troude, Marseille, Publiroc, 1934.

classer les faits sociaux ». Ailleurs, il oppose « une science, la sociologie, qui a pour mission de dire ce qui est ou ce qui fut, qui se contente d'observer, de relever et classer les phénomènes sociaux, à une science, la science normative qui cherche ce qui doit être, qui juge, qui définit les fins, les met en pleine lumière, édicte les règles qui assureront aux sociétés une vie paisible, heureuse et ordonnée (82). Dans l'article si important qu'il a consacré à la propriété dans le Dictionnaire de Théologie Catholique, le P. Tonneau, présente, à l'occasion de cette étude particulière, une conception analogue : « La sociologie découvre dans la propriété un fait social de premier plan qui modifie et spécifie les représentations collectives d'un groupe donné. Elle se préoccupe d'analyser ce fait objectivement ; de classer ses manifestations et d'en donner une explication... tout reste à faire en vue d'assumer ces conclusions dans une morale chrétienne » (83).

On le voit, dans cette perspective, droit et sociologie sont nettement opposés.

Cette position trop radicale appelle une première correction que les auteurs que nous venons de citer apportent d'ailleurs eux-mêmes, au moins implicitement. Ils reconnaissent que, si les sciences normatives sont distinctes des sciences positives, ces sciences normatives ne peuvent cependant se développer qu'après la constitution de la science positive du domaine étudié. L'étude normative d'un secteur de la vie sociale doit être précédée d'une étude positive. Cette préoccupation d'assurer une base positive aussi large que possible à la science normative est déjà un progrès appréciable en méthodologie des sciences sociales. On le doit en grande partie au développement des sciences positives de la nature dont l'esprit, débordant le domaine auquel elles s'appliquaient, s'est étendu à la science de la vie sociale. Ainsi,

(82) *Op. cit.*, p. 8-9.

(83) Colonne 738.

en se heurtant aux faits sans cesse changeants de la vie économique et sociale, sous l'influence de cet esprit positif, des conceptions trop rigides et *a priori*, par exemple certaines théories un peu simplistes du droit naturel, se sont assouplies. « Les sciences normatives n'ont pu échapper à cet envahissement dans une mesure plus ou moins grande du positivisme et du réalisme » (84).

Après cette concession à l'esprit positif, pour le reste, la science normative peut-elle se considérer comme indépendante de la science sociale positive ? Il ne semble pas. Tout d'abord, on ne peut considérer qu'ainsi soit faite une place organique à la science positive de la vie sociale dans le cadre de l'ensemble des sciences sociales ; ensuite, chez les auteurs, qui admettent cette introduction d'éléments positifs dans la science sociale normative, on sent encore une certaine réserve à l'égard de la science positive, donnant l'impression que le problème n'est pas résolu de façon vraiment profonde.

Mais ceci n'est encore que secondaire. Le point capital qui paraît critiquable dans les conceptions dont nous venons de parler est la notion de fait social qu'elles impliquent. Vouloir séparer de façon très nette science sociale positive et science sociale normative, c'est, implicitement, considérer que, dans la vie sociale, se rencontrent deux types d'éléments bien distincts : les uns positifs, objectifs, inertes en quelque sorte, les autres, plus extérieurs, constructions de la raison, facteurs normatifs, valeurs.

LA NOTION DE FAIT NORMATIF

Est-ce là une vue exacte de la vie sociale ? N'est-ce pas une transposition illégitime au social de la conception des faits dans les sciences de la nature ? La notion de fait dans la vie sociale apparaît beaucoup plus com-

(84) Davy, *Le Droit, l'Idéalisme et l'Expérience*, pp. 47-48.

plexe ; les rapports entre fait et valeur ne se peuvent exprimer en une formule simple.

Certes, il est des aspects de la vie sociale où règne un déterminisme assez rigide, analogue à celui que l'on rencontre dans la nature. L'étude de ces déterminismes sociaux peut faire l'objet d'une science que l'on pourra qualifier de positive en un sens assez strict. Mais cette science n'atteindra qu'un aspect particulier de la vie sociale. Il est des aspects plus élevés de la vie sociale où le donné, ne comprenant pas seulement les éléments positifs dont nous venons de parler, manifeste aussi des tendances, un devoir-être. Beaucoup de faits sociaux sont, en eux-mêmes, déjà porteurs de valeurs. Bien plus, le besoin de valeurs et de normes dans la vie sociale est si profond que nous voyons de purs faits positifs chercher à se justifier, à recevoir l'appui d'une doctrine. On conclura que leur existence est nécessaire, alors qu'ils ne sont que des données contingentes, accidentelles. Aussi l'étude du donné social ne saurait être purement positive, simplement décalquée sur les sciences de la nature. La science sociale, étude du donné positif, est déjà en très grande partie, science de normes.

La valeur existe dans la vie sociale avant d'y avoir été introduite par la mise en jeu d'une science normative. La valeur est appelée et déjà esquissée dans le comportement social. La vie sociale est riche de tendances, d'orientations, qu'elle cherche d'elle-même à manifester et à satisfaire. Le sens des valeurs, l'idéalisme n'est pas uniquement un apport extérieur ; il existe déjà dans le donné social. La vie sociale est travaillée par des tendances, cherche à atteindre des fins. Ces aspirations sont objectives et, comme telles, donnent prise à l'observation et à l'explication (85).

La notion de fait normatif introduite par M. Gurvitch paraît qualifier justement cet état de chose. Il est exact

(85) Davy, *op. cit.*, passim ; Gurvitch, *L'Expérience juridique*, p. 162 sq.

de reconnaître « qu'elle est au centre de l'effort récent pour dépasser la séparation infructueuse entre le normatif et le sociologue » (86).

Ce problème des rapports entre le positif et le normatif dans la vie sociale, longtemps traité trop sommairement ou négligé, a été, toutefois, posé récemment avec beaucoup de netteté par M. Vialatoux. Nous tenons à citer de lui ce passage qui vient corroborer les observations qui précèdent (87). « Que l'attitude morale et l'attitude scientifique (au moins initialement) soient distinctes, écrit-il, je n'en disconviens aucunement. Mais, précisément, le problème épistémologique qui demeure trop souvent inaperçu, c'est celui du caractère spécial de toutes ces « sciences du règne humain », qu'on appelle, non sans raison profonde, sciences morales, sociales, et politiques. Ces « sciences » ne continue-t-on pas de les concevoir, non certes quant à leur *objet* qui est humain, mais quant à leur *méthode* comme une « physique » et cette conception est-elle vraiment la conception scientifique qui convient à *cet objet là* ? On voudrait écarter rigoureusement de l'étude et de la connaissance des faits la considération des *valeurs*. N'est-ce pas méconnaître le caractère propre des faits sociaux ? Déjà lorsqu'il s'agit de la nature vivante, dans l'ordre végétal ou animal, les idées d'intention, de finalité, de développement, donc de valeur sont impliquées dans les faits. Que sera-ce lorsque les faits qu'observe la science consisteront en actes humains ». Aussi M. Vialatoux critique-t-il la position adoptée par Bureau dans son « *Introduction à la méthode sociologique* » qui oppose ainsi la science positive à la science normative : « Confinée dans les jugements d'existence et ignorant les jugements de valeur, la science, écrit Bureau, est, par définition, étrangère au jugement de moralité ; elle ne juge ni ne condamne, elle ne dresse pas de palmarès et la sérénité amoral de ses conclu-

(86) Gurvitch, *L'Expérience juridique*, p. 142.

(87) *Semaine Sociale*, 1937, p. 114.

sions lui est imposée par son ignorance des fins à servir » (88).

Ainsi, déjà dans l'étude positive, interviendront les notions de valeur et de norme. Avant d'appliquer de l'extérieur des normes à la vie sociale, ce qui constitue la tâche de la science proprement normative, il y aura lieu de procéder à une « étude sociologique des finalités naturelles » (89). Pour prendre un exemple concret, les problèmes que soulève l'entreprise capitaliste devront pour être convenablement résolus comporter, avant le développement de doctrines, une étude positive de toutes les finalités que manifeste l'entreprise dans le développement de l'économie moderne. De cette manière seulement, pourront être apportées des solutions viables aux problèmes du profit, des allocations familiales, du contrôle ouvrier, des trusts, de la concurrence, de la réglementation.

NÉCESSITÉ DE DÉPASSER LES DONNÉES POSITIVES.

Mais l'étude positive de la réalité sociale, si riches et si nombreuses que soient les finalités qui s'y manifestent ne peut permettre d'achever la science sociale. Le système des normes et, en particulier, pour le point précis qui nous occupe ici, le système des normes juridiques, ne peut être constitué de manière définitive et complète par la seule étude positive. C'est ici que nous nous séparons du positivisme des sociologues de l'Ecole de Durckheim. Cette tâche, ceci doit être noté contre ceux qui exagèrent le rôle de la science purement normative, est déjà fort avancée. Mais il reste encore des compléments et même des corrections à lui apporter. Le système de normes qui se dégage de la vie sociale ne peut être accepté tel quel. Il est des orientations qui doivent être écartées.

(88) Bureau, *op. cit.*, p. 68-69.

(89) Cette heureuse formule est du P. Delos ; on regrette qu'elle n'ait pas été davantage exploitée dans l'ensemble de son œuvre.

On ne peut « canoniser » toutes les tendances que l'on rencontre dans une société. Le sens de l'évolution d'une société n'est pas nécessairement bon. « Si un pays s'oriente nettement vers l'alcoolisme ou vers la dénatalité, ces tendances ne seront pas à encourager sous le prétexte que l'évolution s'observe dans ce sens » (90). « La valeur est finalement supérieure aux faits et ne peut venir sanctionner toute situation acquise ou toute conquête de la force » (91). C'est là l'irréductible exigence des partisans du droit naturel si portés qu'ils puissent être à tenir compte du donné social.

Mais, ceci acquis, il reste que, dans la conception courante de la science normative, celle des auteurs dont nous parlions au début de ce chapitre, l'importance du donné social dans la constitution des normes n'est pas assez reconnue. Or, s'il est exact que dans certains cas il faudra créer la norme de toutes pièces, le donné social ne fournissant pratiquement aucun élément, souvent le rôle de la science normative proprement dite sera beaucoup plus modeste. Elle n'aura pas à créer des valeurs mais, simplement, à porter un jugement sur des valeurs préalablement existantes. On a souvent considéré que la constitution de la valeur et le jugement sur la valeur appartenaient nécessairement à une même opération. C'est une erreur. Il y a là deux moments d'élaboration du droit qui peuvent fort bien être distincts. En beaucoup de cas, « le jugement sur la valeur ne viendra qu'après coup détacher les valeurs de leur liaison primordiale avec les faits » (92). Ainsi, pour déterminer le droit il n'y aura souvent « qu'un triage, qu'une hiérarchie à établir entre les faits » (93). Il s'agira moins de créer ou de supprimer que d'émonder ou de redresser ; les orientations naturelles de la vie sociale, dans ce qu'elles ont d'essentiel, pourront être conservées. Telles

(90) Le Fur, *Les Grands Problèmes du Droit*, p. 101-102.

(91) Davy, *op. cit.*, p. 42.

(92) Gurvitch, *L'Expérience Juridique*, p. 125.

(93) Le Fur, APDS, 1937, c. 1-2, p. 11.

de ces finalités naturelles de la vie sociale dépasseront même en moralité les exigences normales de l'éthique individuelle ou sociale. Ce paraît bien être le cas du développement des idées et des institutions juridiques depuis une cinquantaine d'années dans le domaine de la responsabilité et du risque ou bien encore de la théorie jurisprudentielle de l'enrichissement sans cause.

Dans cette perspective, il n'apparaît pas possible d'établir une « coupure profonde, un hiatus » (94) entre les phases positive et normative de l'élaboration juridique. Dans l'un et l'autre cas se posent des problèmes de valeur, de finalité ; et les finalités dégagées dans l'analyse positive de la vie sociale n'ont leur plein sens, leur véritable solidité que par l'intervention de la science normative qui choisit et juge celles qui doivent être définitivement retenues et introduites dans l'ordre juridique.

Mais, même lorsque la vie sociale, de son propre mouvement, n'a pas su dégager ses finalités naturelles, on ne peut cependant considérer la simple description et organisation en une unité des données positives comme constituant une science achevée et complète, et voir dans les problèmes de fins une discipline distincte, aux méthodes nouvelles, qui serait la science normative. La science sociale positive, la sociologie entendue au sens restreint (dans l'ensemble de notre travail nous rappelons que nous avons donné au terme sociologie un sens beaucoup plus large) ne forme pas un système de connaissances ayant en lui-même assez d'unité pour être qualifié de science autonome. L'effort de connaissance des réalités sociales ne peut être achevé que par l'affirmation de finalités et de valeurs. C'est seulement quand ce terme a été atteint que l'on peut considérer avoir vraiment pénétré la réalité sociale. Les finalités sociales ne sont pas dégagées en leur plein sens dans un nouvel élan de connaissance, mais dans ce même élan par lequel la réalité sociale a d'abord été atteinte positive-

(94) Delos, APDS, 1939, c. 1-2, p. 273.

ment. Vouloir fragmenter la connaissance de la vie sociale en deux phases distinctes, l'une positive (sociologique au sens restreint du terme) et l'autre normative, ne voir l'élaboration juridique que dans cette dernière phase, c'est préférer à la structure réelle des choses, d'artificielles et formelles vue méthodologiques.

On ne peut donc concevoir une sociologie neutre, interdire l'introduction d'éléments normatifs à une étude de la vie sociale qui a d'abord été positive. Procéder ainsi, serait appauvrir, mutiler la science sociale positive, l'obliger à renoncer à connaître les réalités les plus riches et les plus fondamentales de la vie sociale. La norme ne crée pas une réalité sociale nouvelle ; elle donne plus de vérité à la réalité sociale positive : elle est achèvement, complément. Ainsi la famille vue dans sa pleine vérité, dans sa réalité la plus profonde, n'est pas la donnée positive d'un foyer désuni ou sans enfants, mais la famille unie et féconde, idéal qui, allant à l'encontre de tristes réalités positives, ne cesse d'être proposé aux sociétés. Il n'y a pas de science sociale positive de la famille ; il n'y a qu'une science sociale de la famille qui part des données positives, en fait d'abord une description fidèle et complète, mais ensuite juge ces données positives et écarte les tendances que l'on ne saurait admettre. En mettant à part le normatif on risque d'en diminuer la portée et de laisser croire que la donnée positive est la seule réalité substantielle. La valeur au contraire prendra toute sa signification si la phase normative de la science sociale est placée dans le prolongement direct de la phase positive.

MODE D'ACTION DES NORMES SUR LES FAITS

L'étude des rapports entre méthode positive et méthode normative nous a amené, bien qu'indirectement, à aborder le problème du caractère normatif du droit, de son aspect de valeur. C'est dans la seconde partie de ce travail qu'il aurait fallu placer cette dernière étude ;

toutefois, en raison de l'étroite liaison existant ici entre méthode et matière étudiée et, puisque nous avons déjà précisé les caractères essentiels de l'aspect normatif du droit, il paraît préférable d'achever dès maintenant cette étude. Et, à cet effet, nous pensons qu'il suffira de déterminer brièvement les deux modes fondamentaux selon lesquels la valeur se trouve en rapport avec la vie sociale.

Selon le premier, la valeur apparaît intérieure à la vie sociale ; selon le second, bien qu'en relation avec le social, elle lui est comme extérieure.

Dans la première perspective, le droit, porteur de normes, de valeurs, doit être considéré, moins comme ajouté de l'extérieur à la vie sociale spontanée et naturelle que comme un ferment agissant au sein même du social. Ferment qui, d'ordinaire, ne détruit pas les structures sociales spontanées mais assure leur juste orientation, leur pleine réalisation. Ce droit porteur de normes, c'est-à-dire le droit naturel, n'est pas, à proprement parler une matière sociale mais plutôt un « élément inspirateur » (95). Aussi ne doit-on pas s'inquiéter du reproche si souvent fait au droit naturel de se ramener à des notions vagues et peu nombreuses. Il est de sa nature qu'il en soit ainsi. Trop déterminé, le droit naturel imposerait une limite au progrès éthique de la vie sociale alors qu'il doit être le moteur intime d'un progrès incessant. « Les principes juridiques invariables dans le temps et dans l'espace ne peuvent être qu'extrêmement généraux pour pouvoir se plier à toutes les formes d'organisation sociale. Mais ce serait une grave erreur de conclure de leur généralité à leur manque d'efficacité. Il ne peut s'agir avec eux que d'une orientation ; mais cette orientation suffit à diriger toutes les manifestations de la vie juridique. C'est ainsi qu'une très grande partie du droit civil et pénal dérive de ce principe, bien vite énoncé, de droit naturel qui interdit le dommage injuste » (96). Le droit

(95) Renard, *Le Droit, l'Ordre et la Raison*, p. 134.

(96) Le Fur, *Les Grands Problèmes du Droit*, p. 57.

naturel est présent partout et cependant comme invisible, insaisissable. On l'a comparé assez justement à une « innervation » du corps social (97).

Cette pénétration profonde dans la vie sociale de la réalité juridique considérée dans son aspect de valeur, cette animation par le dedans, n'est pas le seul mode selon lequel les valeurs sont en rapport avec la vie sociale. Il en est un autre, de caractère opposé, où la valeur apparaît extérieure à la vie sociale. Alors que selon le premier mode les valeurs s'intégraient totalement dans la vie sociale, ici, bien qu'agissant sur le social, elles restent distinctes. Ces normes, ces valeurs que le droit veut imposer à la vie sociale ne sont pas aussitôt acceptées, il arrive même qu'elles ne le sont que de façon partielle. Dans ces perspectives, la réalité sociale totale n'est ni le pur fait ni le droit ; elle est constituée de l'association, et l'interaction de ces deux éléments. Nous sommes en présence d'un aspect du dualisme de la réalité juridique et de la réalité sociale que nous étudierons à un point de vue plus général dans notre seconde partie.

Mais, dès maintenant, dans le cas particulier du droit considéré comme valeur, on peut voir l'importance de ces observations pour la conception des rapports entre histoire du droit et histoire sociale. En tant qu'histoire de doctrines, l'histoire du droit ne peut être traitée indépendamment de l'histoire sociale. Il faudra recourir à l'histoire sociale pour voir dans quelle mesure les faits ont suggéré les doctrines, dans quelle mesure les valeurs ont été vécues avant de devenir des systèmes organisées et réfléchis. De plus, l'histoire du droit considéré comme doctrine n'aura son plein sens que si l'on sait déterminer les incidences sociales de ces doctrines et les transformations que les faits leur ont fait subir. Dans de telles recherches, il faudra se garder de rejeter, comme sans

(97) Renard, *Le Droit, l'Ordre et la Raison*, p. 121 et p. 141.

portée sociale, des doctrines qui, apparemment, sont toujours demeurées assez extérieures à la société : souvent, elles auront pu avoir une influence appréciable. Le dualisme du juridique et du social, si net qu'il soit n'exclut pas une influence des doctrines sur les faits.

Mais il reste que le point de vue de l'histoire du droit pourra être différent, dans certains cas, de celui de l'histoire sociale. En histoire du droit, on pourra s'intéresser en raison de leur intérêt intrinsèque, à des doctrines qui, n'ayant pas eu d'influence appréciable sur la vie sociale, n'auront pas lieu d'avoir une place en histoire sociale. Ce semble être le cas des théories démocratiques au Moyen Age dans leur application au pouvoir royal. Elles ont été très développées mais n'ont finalement pas eu d'influence notable sur nos institutions. Il en va tout autrement de l'application de ces doctrines, à l'Eglise. Au début du xv^e siècle on sait le trouble qu'elles ont déterminé dans le gouvernement ecclésiastique.

A part ces exceptions, en général, l'histoire du droit doit être étudiée en relation étroite avec l'histoire sociale.

Ainsi l'histoire de la monarchie d'Ancien Régime en France est faite de l'interaction d'une part des théories juridiques du pouvoir royal élaborées spécialement par les légistes, d'autre part des faits sociaux et des multiples manifestations de la vie sociale et politique.

L'histoire du Khalifat en Islam nous offre aussi un exemple très typique du dualisme du juridique et du social. Ici encore, on peut séparer histoire juridique et histoire sociale ; le dualisme est très marqué ; la doctrine du Khalifat légitime n'a jamais été parfaitement réalisée dans les faits. Elle a été cependant un facteur essentiel de l'histoire du Khalifat de droit. Il est assez remarquable de voir que, selon qu'il s'agissait d'hommes politiques ou de juristes, l'expression « Khalifat fictif » était appliquée tantôt au Khalifat de la doctrine juridique tantôt au Khalifat existant en fait. Et, corrélativement, l'autre forme de Khalifat était qualifiée de « Khalifat réel ». N'est-il pas plus exact de considérer que l'une et

l'autre forme du Khalifat étaient « réelles » et que la réalité complète du Khalifat était faite de l'association de ces deux formes en interaction ? (99).

Résumons brièvement ce que ce chapitre nous apporte d'essentiel pour notre travail.

Nous avons reconnu que le droit, considéré comme porteur de normes et de valeurs, résultait d'une élaboration qui ne se limitait pas à une étude positive de la vie sociale. Mais nous avons montré aussi quelles relations étroites existaient entre étude positive et étude normative de la vie sociale et, ainsi, dans cette perspective particulière, nous pensons avoir fait une plus large place à la science positive dans l'élaboration juridique. En même temps, nous avons marqué très nettement les aspects par où le droit, dans son orientation normative, apparaissait différencié des autres faits sociaux. Ainsi s'est manifesté un dualisme du juridique et du social ; dualisme qui n'exclut pas d'ailleurs des interactions. Par là, anticipant sur notre seconde partie, nous avons mis en évidence et étudié un des aspects fondamentaux de la réalité juridique dans ses rapports avec la vie sociale.

(99) Notes prises aux conférences de M. Milliot sur *le Khalifat*, faites à la Faculté de Droit de Paris en avril 1939.

CHAPITRE III

ÉTUDE PARTICULIÈRE DE L'ASPECT TECHNIQUE DE L'ÉLABORATION JURIDIQUE

Parallèlement au travail d'approfondissement de la nature de l'élaboration juridique considérée dans son orientation éthique, il nous faut maintenant étudier plus en détail l'élaboration juridique dans son orientation technique.

Cette étude du droit dans la perspective de l'élaboration technique nous retiendra plus longtemps. Nous procéderons par approfondissement progressif de la question. Après une étude encore assez générale de l'élaboration du droit, où nous chercherons la part de science sociale qu'elle comporte, en dépit de conditions de formation assez particulières (fin pratique et non désintéressée de la recherche juridique, soumission à des textes), nous examinerons plus spécialement certains procédés juridiques : formation de systèmes et recherche de principes explicatifs ; usage de la logique ; conceptualisme. Enfin nous étudierons deux procédés juridiques plus spéciaux : la présomption et la fiction.

Mais, avant d'entreprendre ces analyses, il ne paraît pas inutile de revenir sur la remarque que nous faisons au début de l'étude des caractères généraux de l'élaboration juridique : à savoir qu'il est indispensable de distinguer deux sens du mot technique : l'un qualifiant le caractère du but poursuivi, l'autre qualifiant le caractère du moyen employé. Distinction essentielle puisque nous aurons en effet à montrer que, pour atteindre des

buts techniques (sécurité, précision, etc...), le droit ne fait pas nécessairement usage de procédés techniques, c'est-à-dire de procédés étrangers à la méthode scientifique. Notre effort consistera précisément à montrer que, dans une large mesure, c'est par des procédés scientifiques que sont atteints les buts techniques du droit.

Une remarque aussi sur le sens que nous donnons ici à la notion de science : il s'agira ici d'un effort de connaissance du donné social entendu dans un sens assez large, c'est-à-dire incluant à la fois les données positives et les éléments éthiques que l'on aurait pu y ajouter déjà de l'extérieur. C'est toute cette matière, à la fois *donné positif* et *donné idéal*, pour employer la terminologie de Geny, que nous considérons pour rechercher quels sont les procédés qui donneront à la réalité sociale le caractère juridique.

La position actuelle de la sociologie à l'égard du droit ne facilite guère notre tâche. Si la sociologie s'était formée à partir du droit, il nous serait aisé de reconnaître ce qu'elle a dû rejeter du droit ou ce qu'elle a dû corriger au droit pour devenir pleinement une science sociale. Mais la sociologie s'est constituée comme une science nouvelle sans se soucier de chercher si le droit ne comportait pas déjà une étude scientifique de la réalité sociale. La sociologie a considéré le droit surtout comme une technique à laquelle elle s'est opposée par la préoccupation de recherche scientifique qu'elle a prétendu avoir été la première à introduire dans le domaine social.

La sociologie s'étant ainsi développée à part du droit, en diffère, en particulier par l'esprit et le vocabulaire. Par là, tend à être exagérée l'opposition des deux disciplines. Des divergences se manifestent qui ne sont qu'apparentes, masquant, au fond, des méthodes très semblables.

Voilà pourquoi nous paraît particulièrement nécessaire le travail entrepris ici.

CONCEPTION GÉNÉRALE DU DROIT COMME SCIENCE SOCIALE

Avant d'entrer dans une analyse détaillée des procédés d'élaboration juridique, voyons quelle est la conception de quelques grands juristes sur le rôle de la science sociale dans l'élaboration du droit.

Pour Thaller, le droit suppose à la base une large étude positive de la réalité sociale. « La méthode juridique est d'abord une observation large et complète du donné social et pas seulement des textes... ainsi le droit commercial s'est constitué en s'alimentant à des données sociales très riches et diverses : données de l'économie politique, données fournies par les discussions et échanges de vues des organes économiques tels que les Chambres de commerce et les divers organismes professionnels » et Thaller opposait cette situation du droit commercial à celle du droit civil. « Le jurisconsulte doit faire face à une tâche plus laborieuse en raison de la pénurie d'observations positives » (100).

M. del Vecchio est plus catégorique encore. Pour lui, le droit est pleinement la science sociale ; il ne conçoit pas que l'on prétende créer à côté du droit une autre discipline, la sociologie, qui serait une science sociale distincte du droit. « Ce qu'on entend par sociologie n'est souvent qu'un ensemble de faits d'expérience qui, logiquement, devraient appartenir à la science du droit universel comparé et, pour parler plus largement, à la science juridique d'où ils ne sont exclus qu'en vertu de la conception trop étroite qu'on en conserve encore... La vérité est que la seule sociologie qui aurait une raison d'être serait un traité des règles de méthodes communes aux différentes sciences qui s'occupent de l'étude des faits humains » (101).

(100) *Les Méthodes du Droit Commercial*, dans *Les Méthodes du Droit*, Recueil de conférences par Géný, Thaller, Tissier, Larnaude, etc., p. 154.

(101) *Justice, Droit, Etat*, p. 178.

M. Sorokin, dans son si important ouvrage sur les théories sociologiques contemporaines, montre que beaucoup de questions que la sociologie croit être la première à traiter, sont en réalité étudiées depuis fort longtemps par le droit et d'une manière plus rigoureuse et plus scientifique : ainsi, en droit romain, toute la théorie générale des contrats ou de la propriété (102).

Pour Hauriou, le droit est avant tout une science sociale. « Les juristes, dit-il, sont des trouveurs de vérité sociale.. C'est ravalier le droit que de le réduire à une technique. Le vocable de technique doit être réservé à certains procédés de métier ; mais le juriste pas plus que le sculpteur ou l'architecte ne doit être confondu avec le praticien et le droit n'est pas une pure pratique » (103).

Le développement du droit comparé, surtout depuis la fin du XIX^e siècle, développement auquel M. E. Lambert (104) a eu une si grande part, a aussi contribué à mettre en évidence l'aspect scientifique de l'élaboration du droit, ainsi que nous le montrerons plus loin.

La conception d'Edouard Lambert relativement à la nature du droit comparé suppose à la base que le droit est véritablement une science sociale. En effet, le droit comparé, considéré comme étude du fond commun législatif de sociétés qui en sont au même degré de civilisation, se présente bien comme la recherche des réalités positives qui constituent la nature commune de ces sociétés. Si le droit n'était qu'une technique ou l'œuvre arbitraire de la volonté du législateur, l'étude comparative ne serait d'aucun secours. Elle est au contraire très précieuse, pour une recherche juridique qui est, d'abord, une étude scientifique de la vie sociale car elle offre au juriste un champ d'observation très étendu.

(102) *Les Théories Sociologiques contemporaines*, tr. fr., Payot, 1938.

(103) *Précis de Droit Constitutionnel*, 1929, pp. 61-62.

(104) Cf. *La Fonction du Droit civil comparé*, Giard, 1903.

LES PROCÉDÉS SCIENTIFIQUES EN TANT QU'ASSURANT
LA RÉALISATION DES FINS TECHNIQUES DU DROIT

Dans la perspective technique, de même que dans la perspective normative, il est donc assez communément reconnu que le droit, pour se constituer, doit débiter par une connaissance des choses, empruntée aux sciences sociales.

Cet accord, maintenant assez général mais qui ne s'est réalisé que lentement et difficilement, n'est pas sans importance pour préciser le problème de l'élaboration du droit. Longtemps, les juristes ont considéré que les sciences sociales n'avaient guère de rôle à jouer dans l'élaboration du droit. Leur discipline était à peu près complètement autonome.

Mais, cette meilleure intelligence de la nature de l'élaboration juridique ne saurait nous suffire. La question essentielle, en effet, n'est pas de reconnaître que le droit comporte une part de connaissance, donc, que, dans une certaine mesure, il se confond avec la science sociale ; il ne s'agit pas seulement de montrer que les sciences sociales et la sociologie sont la base de l'élaboration juridique (105), qu'elles interviennent au stade préliminaire de l'élaboration juridique (106) ; mais, il faut déterminer d'une façon plus précise la mesure selon laquelle la phase scientifique de l'élaboration juridique satisfait aux buts pratiques, assignés au droit ; il faut voir comment, par un traitement scientifique, la réalité sociale est rendue apte à remplir une fonction juridique et contribue à « assurer la pleine mise à effet des principes directeurs de la vie sociale et pour ainsi dire la préhension totale des réalités par la règle » (107). Nous pensons pouvoir montrer que c'est par l'élaboration scientifique que la réalité sociale acquiert les caractères essentiels qui en font une réalité juridique.

(105) Gurvitch, *L'Expérience juridique*, p. 85.

(106) Dabin, *Technique de l'Elaboration du Droit positif*, p. 24.

(107) Gény, *Science et Technique*, t. III, p. 34.

Cette conception du rôle de la science sociale dans l'élaboration juridique s'oppose assez nettement aux idées exposées par M. Géný et adoptées ensuite par beaucoup d'auteurs.

Voyons avant de passer à une étude directe du rôle de la science dans l'élaboration technique du droit quelle est la position de M. Géný et quelles sont les principales critiques qui peuvent lui être adressées.

M. Géný a très clairement résumé lui-même sa thèse, dans son grand ouvrage *« Science et Technique »* : « Les données objectives, écrit-il, ne peuvent fournir que des directives générales et vagues à l'ordre juridique positif. Les formules qu'on en pourra tirer n'arriveront pas à saisir pleinement les faits, parfois même n'offriront que des cadres vides... il faudra donc pour compléter et vivifier ces maigres résultats de la connaissance, recourir à l'action, à la pratique, impliquant une intervention plus décisive de la volonté. Puisque l'examen du donné de la vie sociale — si profondément que nous le poussions, par quelques forces intellectuelles ou morales qu'il soit poursuivi sur la trame des faits bruts et à travers les mouvances d'une nature des choses difficilement saisissable — ne fournit que des directives trop générales et trop vagues pour suffire aux exigences de ce règlement universel et précis de conduite extérieure, en lequel se révèle la notion de droit objectif, il faut y joindre une *adaptation* ou une *construction* émanant de l'activité volontaire plus que de la pénétration de l'esprit, où l'effort personnel de l'homme se tend à l'extrême, pour modifier la nature ; qui puisse donner du corps à l'édifice quelque peu éthéré du droit naturel et, non seulement combler ses trop évidentes lacunes, mais, plutôt encore en prolonger les lignes incertaines, en achever le dessin à peine esquissé » (108).

Le P. Delos, tout récemment encore, présentait une conception analogue selon laquelle l'élaboration juridi-

(108) Géný, *Science et Technique*, t. II, p. 421, t. III, p. 1-4.

que comporterait une méthode propre (109). Le sociologue ou le politique fourniraient au juriste une matière qui ne deviendrait juridique que par un traitement particulier. Le P. Delos distingue nettement l'opération du juriste de celle du sociologue ou du moraliste. Prenant l'exemple de la découverte d'un trésor, il montre que la tâche du sociologue et du moraliste consisterait simplement à formuler une double exigence de justice : nécessité de faire bénéficier du trésor à la fois le propriétaire du fond et l'inventeur. La tâche propre du juriste n'aurait plus aucun caractère de recherche de science sociale mais serait purement juridique ; elle consisterait à introduire les notions de bienfond, de propriété, à déterminer le mode de calcul des quote-parts. Nous ne voyons pas en quoi un tel genre de réflexion n'est plus de la science sociale. Il s'agirait selon le P. Delos d'une « forme nouvelle imposée par le juriste à la matière que lui fournit le sociologue, forme qui, au sens philosophique du mot, donne à cette matière un mode d'être qu'elle ne possédait pas, et désormais, la classe dans un monde de réalités nouvelles, celui des normes juridiques » (110). Ainsi, pour le Père Delos, l'élaboration du droit est principalement une opération juridique. Le sociologue ne fait qu'apporter une matière, le travail véritable d'élaboration étant assuré par le juriste selon une méthode propre.

C'est là tout l'opposé du point de vue que nous voulons développer : il nous semble, en effet, que si l'on analyse un peu profondément les opérations d'élaboration du droit, elles apparaissent, dans ce qu'elles ont de plus essentiel, comme proprement sociologiques, comme une étude scientifique de la réalité sociale. Quant aux opérations spécifiquement juridiques, il y en a fort peu, et dans l'ensemble des opérations d'élaboration juridique, elles tiennent, finalement, une place secondaire.

(109) *Les caractères essentiels de la règle de Droit*, AIIPD, t. II, 1936.

(110) *Loc. cit.*, p. 214.

Dès 1922, M. Tissier dans une étude sur l'ouvrage de M. Gény, *Science et Technique* (111), tout en en reconnaissant la grande importance et la valeur, avait très nettement marqué combien M. Gény avait tendance à qualifier de techniques des aspects du droit qui étaient en réalité proprement scientifiques. Il critiquait justement des formules telles que celles-ci : « Les concepts de sujets de droit, de droit subjectif, de personne morale, de droit de créance, de droit réel, ne se rencontrent pas dans la nature des choses et ne sont pas indispensables pour traduire les réalités de la vie juridique... Ce qui est proprement objet de constatation scientifique demeure pour le jurisconsulte appelé à trancher les conflits d'intérêts, entre les hommes, extrêmement rudimentaire et, à vrai dire, presque infime. Au regard de cette indigence du donné quelle n'est pas la richesse du « construit » (112). M. Tissier fait très bien observer « qu'on ne voit pas comment le « donné » serait si indigent à côté du « construit », de la technique. Le donné en effet, n'est pas seulement le « noyau de droit naturel » mais c'est toute la vie sociale. « M. Gény considère comme de purs procédés de technique, poursuit M. Tissier, des notions qui paraissent être l'expression même de la réalité et de la vie sans aucune technique artificielle. Il en est ainsi du sujet de droit, de la personnalité morale, de la distinction entre droit réel et personnel ; la fiction même n'est souvent que dans l'apparence, dans la formule de la loi et de la jurisprudence, mais elle ne rompt pas avec la réalité naturelle : ainsi la règle du domicile ou la représentation par mandataire ».

Des philosophes et théoriciens du droit sont restés attachés à la conception, à notre avis inexacte, de Gény, ainsi le P. Delos, mais, depuis vingt ans, on peut constater une intéressante évolution dans la ligne des remarques de M. Tissier, tendant à mettre mieux en évidence

(111) *Revue trimestrielle de Droit Civil*, 1922, p. 841 sq.

(112) *Science et Technique*, t. III, p. 52.

l'aspect scientifique de beaucoup de procédés d'élaboration juridique longtemps qualifiés de techniques. La contribution la plus importante en vue de dégager l'aspect scientifique de beaucoup de procédés d'élaboration juridique a été apportée par M. Dabin dans son très important ouvrage déjà signalé, *La Technique de l'Elaboration du Droit positif*. Sa position est beaucoup plus large que celle de M. GénY. « On ne saurait dire, écrit-il, que l'élaboration du droit ressortit à des procédés spécifiquement juridiques faisant appel à des procédés *sui generis* en usage chez les seuls juristes et relevant de leur méthode propre » (113). Pour M. Dabin, le domaine où joueraient les procédés proprement techniques est beaucoup plus restreint que chez M. GénY. Il ne comprend plus que l'organisation de la sanction, l'établissement du système des preuves, le découpage en lignes fermes des règles à imposer à la société, enfin la constitution de toutes ces règles en un tout harmonieux. Mais n'est-ce pas encore faire une trop large place aux procédés spécifiquement techniques ? Nous estimons avec M. Haesert (114) que l'on peut diminuer encore sensiblement le domaine où jouent les procédés techniques. Les sanctions, les preuves ne sont pas des matières spécifiquement juridiques. Elles relèvent de la technique de l'organisation judiciaire. Il ne faut pas confondre, en effet, judiciaire et juridique. Tout le système des règles de la vie judiciaire n'est pas spécifiquement juridique ; il est simplement un aspect particulier de la politique sociale. Discipline qui n'est pas uniquement scientifique, car elle est créatrice, mais qui est une technique sociale et non pas une technique spécifiquement juridique. N'en est-il pas ainsi, en particulier, de beaucoup de règles de la procédure civile, domaine où, cependant, la technique paraît jouer un rôle essentiel (115).

(113) *Op. cit.*, t. III, p. 56.

(114) *La technique juridique*, APDS, 1939, c. 1-2.

(115) Cf. les observations très suggestives de Tissier dans son étude sur la méthode en Procédure dans *Les Méthodes du Droit*, Giard, 1911.

Souvent aussi, on considèrera, qu'une fois fournies par la science sociale certaines données de base, la constitution du droit n'est plus qu'une pure œuvre de volonté. On présente souvent de la théorie du droit le schéma simpliste suivant : première étape, reconnaissance du donné social et des exigences du droit naturel ; seconde étape, détermination arbitraire par la volonté du législateur des éléments plus précis qui constitueront le droit positif. Le défaut essentiel de cette conception, malheureusement trop courante, est de ne réserver aucune place à la réflexion sur le donné, à son organisation scientifique. De plus, elle donne un rôle exagéré à la détermination arbitraire du législateur.

On s'est élevé avec raison contre ces excès de volontarisme dans la théorie de l'élaboration juridique. On a montré que, souvent, le juge comble les lacunes de la législation — qu'il s'agisse de lacunes subjectives dues à une réglementation insuffisante ou de lacunes objectives résultant de l'apparition d'institutions nouvelles — non par une détermination arbitraire de volonté ou une référence à une volonté présumée du législateur, mais par une réflexion rationnelle et scientifique sur les données sociales. Dégageant toute la part de réflexion scientifique que comporte l'œuvre du juriste, on a noté très justement que « lors de la formulation du droit par le législateur, l'esprit ne s'est pas exprimé une fois pour toutes à travers l'intelligence de la formule ; l'acte spirituel s'est exprimé dans cette formule mais il ne s'y est pas épuisé » (116). C'est à la recherche scientifique qu'il appartient d'achever cette explicitation. Ce n'est pas seulement par adjonction d'éléments purement volontaristes que l'on prolonge et complète les données sociales (loi en particulier), en vue de satisfaire les exigences pratiques d'application du droit, mais aussi et principalement par une réflexion sur ce donné que l'on s'efforcera d'organiser et dont on essaiera, par un

(116) Bobbio, *l'Analogia nel Diritto*, Turin, 1938, p. 136.

effort authentiquement scientifique, de pénétrer la nature intime. Si, dans cet état d'esprit, on se tourne vers le passé du droit, on constatera que « l'œuvre des juristes véritables telle qu'elle résulte de toute l'histoire de la jurisprudence et des institutions est un continuel démenti aux conceptions volontaristes » (117). En d'autres termes, le droit est d'abord et avant tout une pensée qui s'explicite avant d'être une volonté qui impose des déterminations arbitraires.

Qu'il s'agisse donc de combler les lacunes d'une législation, ou de mettre en forme juridique un donné social, la réflexion scientifique sur le donné, joue un rôle prépondérant. On donne au droit sa forme technique, le rendant apte à remplir les buts pratiques qui lui sont assignés, en usant d'opérations qui, pour une très large part, relèvent de la sociologie. La science sociale pénètre donc beaucoup plus avant dans l'élaboration juridique que ne le veulent les théories classiques sur la nature de la technique juridique. Ce fait apparaîtra mieux encore quand nous étudierons plus en détail le rôle de la logique et des concepts dans l'élaboration du droit.

Que, dès maintenant toutefois, soit bien marquée l'orientation de notre effort : nous avons voulu insister sur la part prépondérante dans l'élaboration juridique, de la science, c'est-à-dire de la réflexion sur le donné et de l'organisation de la matière sociale. Souvent cet aspect de l'élaboration juridique n'est guère pris en considération tandis qu'on donne une importance excessive aux procédés spécifiquement juridiques et au rôle de la volonté.

Le développement de la sociologie a largement contribué à mettre en évidence cet aspect scientifique de l'élaboration juridique. Avant l'introduction des préoccupations sociologiques dans le droit, les théoriciens et les praticiens n'étaient pas portés à insister sur le rôle

(117) Bobbio, *op. cit.*, p. 116.

de la science dans la formation du droit ; les premiers, assez déductifs, développant des principes qui ne se réfèrent pas de façon directe au donné concret, ne se préoccupaient guère de l'étude positive du donné social. Les seconds, se contentant de la tradition et se limitant au point de vue pratique, ne se préoccupaient pas de mettre en évidence le caractère scientifique des procédés qu'ils mettaient en œuvre.

L'étude de la notion de personnalité morale et juridique, fondamentale en droit et en sociologie permet d'illustrer de façon intéressante les vues générales qui viennent d'être exposées. Longtemps on a dénié à la notion de personnalité juridique toute portée scientifique. Maintenant, au contraire, c'est un des points de la théorie juridique où le rapprochement entre droit et sociologie a fait le plus de progrès. Pour Hauriou, la personnalité juridique est sans doute une schématisation de la personne morale, un masque appliqué à la personne morale qui en stylise les traits, mais fondamentalement, elle est une réalité sociale. Le Père Delos aussi a pris position de façon très explicite en faveur de la portée sociologique de la notion de personne morale : « La personnalité morale, écrit-il, n'est pas une manière de dire, ni une fiction, ni un procédé commode de raisonnement et de représentation des réalités du monde juridique. Elle n'est pas une création de la technique de sciences juridiques ; elle n'est pas une pièce artificielle de leur outillage conceptuel. Elle dénote quelque chose de réel : elle dénote une qualité ou mieux un état de l'être à qui on l'attribue. Cette réalité de la personne morale est essentiellement fondée sur le but commun poursuivi qui ne saurait se réduire à la somme des intérêts des individus qui constituent la société » (118).

(118) Cette position du Père Delos est un peu exceptionnelle ; dans l'ensemble de son œuvre il est beaucoup plus réservé sur l'aspect sociologique du Droit.

Souhaitons que ce réalisme sociologique si fécond qui a permis dans ce cas particulier, de découvrir sous un aspect apparemment assez technique du droit une démarche proprement scientifique, gagne bientôt les autres domaines de la science juridique (119).

CARACTÈRE ENCORE SOCIOLOGIQUE DE CERTAINS PROCÉDÉS APPAREMMENT SPÉCIFIQUEMENT JURIDIQUES

Si nous entrons plus avant dans l'étude de la nature de l'élaboration juridique, nous rencontrons des procédés qui paraissent, à première vue, n'avoir plus aucun aspect scientifique.

Tout d'abord, le droit, dira-t-on, vise des buts pratiques et n'est donc pas une connaissance. Le droit a pour but de régler la vie sociale et non de connaître (120). On a même été jusqu'à déclarer que « le Droit en réglant n'unifie pas formellement, que les choses restent après cette déformation aussi différentes qu'avant, et que, par conséquent, le droit ne constitue pas un système de vérités générales » (121).

Nous croyons, comme nous le préciserons plus loin, que, tout au contraire, le droit ne règle vraiment la vie sociale que s'il en est d'abord une prise de conscience, une organisation scientifique.

D'une façon plus particulière, on est d'ordinaire porté à croire que le droit, tel qu'il se présente dans les litiges devant les tribunaux, est une pure pratique parce qu'il règle des cas spéciaux, très secondaires. Sans doute, la tâche du législateur, concèdera-t-on, peut être principalement scientifique ; mais celle du juge qui doit tran-

(119) Sur la personnalité morale et juridique, cf. aussi : Michoud, *Théorie de la personnalité morale*, 2 v. Pichon, 1905 ; Hauriou, *Précis de Droit constitutionnel*, Sirey, 1923, appendice sur la personnalité morale ; Delos, *La Société Internationale et les Principes du Droit Public*, Pedone, 1931.

(120) Kralyevitch, *La portée théorique du glissement du Droit vers la Sociologie*, p. 112.

(121) *Ibid.*, p. 120.

cher des cas douteux ou contestés, reste purement pratique. Nous retrouvons là cette tendance, malheureusement encouragée par une méthodologie trop simplifiée, à opposer la science, connaissance générale, à la technique qui règle les points de détail. Certes, dans la seconde partie de notre travail, étudiant non plus directement la méthode du droit, mais la matière, le contenu du droit, nous aurons à faire une distinction entre le fondamental et le secondaire et à reconnaître que, dans une certaine mesure, le droit concerne surtout le secondaire, le détail, le cas rare. Mais ici nous tenons à marquer combien, cependant, la tâche du juriste réglant les cas particuliers et pratiques demeure pour une large part, scientifique.

C'est qu'en effet, bien souvent, pour résoudre des cas en apparence très spéciaux, il faut faire appel à des principes fondamentaux. N'est-ce pas à l'occasion de contestations devant les tribunaux civils ou administratifs qu'ont été approfondies les notions, si importantes pour la science sociale, de responsabilité, de service public, d'acte de gouvernement ? La liaison, à ce point de vue, de la science et de la technique, a été très fortement mise en évidence par Saleilles. Dans une conférence, où il cherchait à faire comprendre à des étudiants, la portée de certaines questions juridiques, jugées par eux secondaires, il disait : « Si une question douteuse se pose, par exemple, à propos du mariage tel qu'il existe dans le code civil, alors il vous semble que ce n'est plus qu'une question secondaire, qui n'a plus pour vous qu'un intérêt d'ordre inférieur. Eh bien, c'est contre ce préjugé que je voudrais réagir. Et ce que je voudrais vous montrer c'est que cette question de technique juridique soulève déjà, par elle-même, tous les problèmes sociaux que poserait plus directement, j'en conviens, la question de réforme législative si nous avions à la trancher » (121 bis).

(121 bis) *Droit civil et droit comparé*, Revue internationale de l'enseignement, 1911, t. LXI, p. 12.

Ne pouvons-nous pas aller plus loin et penser que l'étude scientifique de la réalité sociale qui se propose à un technicien du droit à l'occasion d'un cas pratique, sera plus pénétrante que l'étude, cependant toute désintéressée, d'un sociologue sur le même sujet. Sans doute, le praticien sera porté à négliger certains aspects trop complexes de la question : il sera dominé par un souci de simplification qui pourra nuire à l'exactitude de son analyse, mais cette infériorité n'est-elle pas largement compensée par la vigueur et la précision que donne à sa recherche la nécessité urgente de résoudre le cas proposé et toutes les conséquences qu'entraînerait un manque de rigueur dans la solution. Le sociologue avançant des conclusions qui n'auront pas de répercussions pratiques, ne risque-t-il pas d'être moins précis, moins rigoureux ?

Aussi, pratique et science désintéressée dans l'étude des faits sociaux doivent être étroitement unies. Ici, comme en bien d'autres domaines, nous souffrons d'une séparation excessive entre la science et la technique.

Autre objection qui se présente lorsque l'on tente d'opérer un rapprochement entre le droit et la sociologie : le droit n'est pas comme la sociologie une libre étude des faits sociaux ; il est, avant tout, une soumission à des textes. Certes, par sa dépendance à l'égard des textes, le droit se présente comme une connaissance de la vie sociale d'une nature assez particulière, mais il ne semble pas que de cet état de choses résulte une différence essentielle entre le droit et la sociologie.

Tout d'abord, cette soumission aux textes ne se rencontre pas dans toutes les formes d'élaboration juridique. Le législateur, bien qu'obligé de se maintenir dans le cadre que lui fixe la constitution, crée, en fait, les textes assez librement. L'objection ne vaut donc que pour le travail juridique du juge et du jurisconsulte. Ici nous touchons le problème toujours brûlant de la liberté du juge dans l'interprétation de la loi. Il n'est,

bien entendu, pas question de le traiter ici pour lui-même : notons simplement que, pour soucieux que nous soyons de rapprocher le droit et la sociologie, nous ne prétendons pas cependant défendre la théorie de l'Ecole du « Droit libre ». Nous pensons avec M. Gény que l'interprète doit travailler dans le cadre de la loi ; qu'il doit d'abord chercher à en pénétrer le sens, à en organiser scientifiquement les dispositions. Mais, déjà, cette tâche est une connaissance de la réalité sociale dans la mesure très large où la loi est une expression, une condensation de données sociales, dans la mesure où elle se présente comme un effort d'organisation de la vie sociale, de compréhension des phénomènes sociaux. C'est, précisément cet effort que le juge, plus près des réalités concrètes et des mille aspects particuliers de la vie sociale, a pour mission de poursuivre.

Mais le rôle de l'interprète des textes est encore sociologique à un autre point de vue, du fait que, tout en travaillant dans le cadre des données qui lui sont fournies par les textes, il peut cependant faire largement appel à des éléments extérieurs et donc à l'ensemble des faits sociaux. Ceci, des juristes qui n'étaient nullement révolutionnaires l'ont tout à fait admis : « Lorsqu'une institution se présente à nous, disait Thaller, nous ne courons pas immédiatement à la disposition législative qui la concerne. Nous cherchons d'abord à nous rendre compte de cette institution prise en elle-même dans la vie sociale » (122). Et Larnaude déclarait dans le même sens : « Suivant la tendance modérée actuelle qui évite de tomber dans les excès du droit libre, il faut adapter libéralement, humainement le texte aux réalités et aux exigences de la vie moderne sans s'attarder à rechercher obstinément quelle a été, il y a cent ans, la pensée des auteurs du code en rédigeant tel ou tel article » (123). Il s'agit donc d'interpréter les textes non de manière

(122) *Les Méthodes du Droit*, p. 136.

(123) *Les Méthodes du Droit*, p. 29.

purement littérale mais en s'inspirant de l'esprit qui anime les institutions régies par ces textes (124).

Bien sûr, selon leurs tendances, les juristes se maintiendront plus ou moins près des textes. On sait qu'à Rome, Proculiens et Sabinien s'opposaient à ce point de vue. Les Proculiens déduisaient résolument d'un principe de droit toutes les conséquences qui y étaient contenues, sans se préoccuper souvent de la question de savoir si elles étaient conformes à la rigueur des prescriptions légales ; les Sabinien, au contraire, s'attachaient plus fidèlement aux textes (125). D'une façon générale il va de soi que les études juridiques seront d'autant proches des études sociologiques, que l'on sera plus libre à l'égard des textes ou que ceux-ci seront moins nombreux. Si, en droit public et en droit administratif, les juristes nous ont donné tant d'études si riches au point de vue sociologique, n'est-ce pas, en partie, parce qu'en ce domaine les textes tenaient une très faible place, du moins en comparaison du rôle qu'ils ont en droit civil, où se manifeste toujours une tendance beaucoup plus exégétique ? Tendance d'ailleurs légitime ; car, si nous avons rapproché droit et sociologie malgré cette dépendance spéciale du droit vis-à-vis des textes, il reste que le droit comporte, en plus d'une part très large de science sociale, une méthode, qui lui est propre, d'interprétation et d'harmonisation des textes. Sans cette technique d'interprétation qui, certes, par certains aspects, sera très formelle, le droit manquerait de solidité, n'offrirait pas toute la sécurité et la précision que l'on attend de lui.

Mais si le droit diffère de la sociologie, à première vue du moins, en ce qu'il ne se contente pas d'une étude

(124) Cf. Kralyevitch, *op. cit.*, passim ; Saleilles, *Rapports entre le Droit et la Sociologie*, Revue Internationale de l'Enseignement, 1904, t. XLVII, p. 430 sq.

(125) Cf. Chenon, *Etudes sur les controverses entre les Proculiens et les Sabinien*, Paris, 1881.

positive du donné social présent, ce n'est pas seulement parce qu'il est obligé de tenir compte de textes qui s'imposent à lui, c'est aussi, par un aspect plus fondamental : en effet, même lorsqu'il n'est pas tenu de se soumettre à des textes et d'accepter tout un appareil de données juridiques que la tradition lui transmet, il semble cependant que, par une tendance naturelle et profonde, le droit se tourne vers les textes et les institutions juridiques du passé pour résoudre les problèmes du présent.

N'y a-t-il pas là un élément fondamental de distinction entre la méthode juridique et la méthode sociologique ? Ne faut-il pas définitivement renoncer à retrouver dans la méthode juridique les mêmes caractères essentiels que dans la méthode sociologique ? Nous ne le pensons pas ; nous voudrions montrer, au contraire, que cette opposition, apparemment fondamentale, se révèle à l'analyse assez superficielle.

Tout d'abord, ce n'est pas s'éloigner de la méthode sociologique que de joindre aux données de l'observation de la vie sociale actuelle les résultats des recherches de ceux qui ont étudié la vie sociale dans le passé. Dans la mesure très étendue où les mêmes situations sociales se conservent au cours des temps, on donne à la science sociale une base plus large en complétant les résultats de l'observation de la vie sociale actuelle par ceux de la vie sociale du passé ; en une matière aussi complexe, une génération ne suffit pas pour fonder d'une manière sûre et claire une science. Or ces textes, ces institutions vers lesquelles se tourne le juriste, qu'est-ce donc, sinon cette science sociale lentement élaborée au cours des siècles ? En s'ouvrant ainsi à une expérience plus large que celle de la vie présente, en bénéficiant du fruit de réflexions longuement éprouvées, le juriste fait de l'excellente sociologie ; sa méthode est même supérieure à celle du sociologue qui, souvent, n'accorde pas assez d'importance à toute la science sociale incluse dans le droit des sociétés anciennes.

Toutefois, même en supposant que les structures sociales du passé soient de même nature que celles du présent, point que nous avons provisoirement admis, mais sur lequel il nous faudra revenir, il reste que le sociologue est souvent assez réservé sur la valeur de cette science sociale retrouvée à travers le droit d'une société du passé ; et, bien entendu, c'est avant tout, le droit romain qui est atteint par ces réserves. En fait, ce droit est parfois bien difficilement accessible ; on ne l'atteint, le plus souvent, qu'à travers des textes fragmentaires, controversés. De plus, la méthode des juristes qui ont élaboré ce droit n'était pas toujours très scientifique. Il semble qu'on puisse lui faire de graves critiques. Nous en détaillerons certaines dans les chapitres suivants ; notons, pour le moment, que la méthode du droit romain apparaît parfois trop dogmatique et fondée sur des notions insuffisamment élaborées, un peu grossières, ou qui, du moins, ne peuvent plus être utilisées aujourd'hui. Il faut savoir reconnaître ces imperfections ; le tort de certains juristes est de vouloir faire de toutes les notions que le droit romain nous a léguées, des absolus, des principes intangibles, valables pour toujours et qui ne seraient plus susceptibles d'être perfectionnés. Le droit romain nous offre souvent des notions figées, hiératiques, qui contrastent singulièrement avec les notions beaucoup plus souples et plus riches élaborées par la science sociale moderne. Ainsi les notions d'accession, d'accessoire, de substance et d'accident, que nous utilisons encore aujourd'hui, mériteraient d'être affinées ; on en a fait des catégories fondamentales alors qu'elles se sont introduites dans le droit romain sous l'influence de la philosophie aristotélicienne qui, éternelle à bien des égards, mériterait peut-être sur ce point, d'être révisée (126). Quoiqu'il en soit de la qualité des notions transmises par le droit romain, il

(126) Cf. Guibal, *Influence de la philosophie sur le développement du Droit Romain*, Sirey, 1937.

reste que l'on trouve chez les juristes, une tendance exagérée à se tourner vers le passé. Souvent on se demande s'ils n'auraient pas plus vite fait, au lieu d'en référer au passé, de prendre le problème directement, dégageant de l'étude du donné social actuel les notions qui permettraient de le régler et de l'organiser ; leur étude serait plus concrète et plus positive ; elle gagnerait aussi en pénétration et en vigueur.

Mais, de leur côté, les juristes sont assez réservés sur la sociologie. Ils se méfient de ses conclusions vagues et incertaines. Bien que très favorable à la sociologie, un juriste connu, M. Edouard Lambert n'hésite pas à déclarer : « Mieux vaudrait encore rester fidèle aux notions vénérées par l'interprète du code civil ou le pandectiste que de les renier pour adorer les fétiches, moins vermoulus, mais peut-être plus grossièrement taillés encore, devant lesquels les métaphysiciens de l'économie politique ou de la sociologie nous invitent trop souvent à nous prosterner » (127). Voilà bientôt quarante ans que ces lignes un peu sévères ont été écrites. Elles conservent malheureusement, aujourd'hui encore, une grande part de vérité.

Toutefois, quoi qu'il en soit des imperfections du droit et de la sociologie, imperfections qui finalement n'entraînent que des divergences superficielles, il subsiste une différence assez notable entre les deux disciplines : l'une, la sociologie se contente de l'étude directe de la réalité sociale présente ; l'autre, le droit, fait une large place à l'étude de cette réalité à travers la science juridique du passé. Certes, il serait puéril de vouloir que la méthode juridique abandonne le droit romain et l'étude des textes du passé en général, pour devenir une pure sociologie ; mais le développement récent de la sociologie pose d'une manière nouvelle le problème du rôle du droit romain dans la science juridique. Il ne paraît plus possible de se reposer sur les positions tradi-

(127) *La Fonction du Droit Civil Comparé*, p. 924.

tionnelles. Un nouvel examen de la question serait nécessaire. On en voudrait davantage sentir le souci dans les milieux juridiques. Il faudrait au moins que les romanistes prennent davantage conscience de la portée sociologique de leurs travaux, même les plus techniques et qu'ils utilisent davantage les résultats de la sociologie.

Jusqu'ici, nous avons provisoirement admis que ces sociétés passées, Rome tout spécialement, étaient constituées de même façon que nos sociétés modernes. Il est clair que cette identité de nature n'est que partielle. Bien des aspects de la civilisation romaine ne se retrouvent plus dans notre civilisation moderne. A ce point de vue, on ne peut considérer que l'étude du droit romain nous fournisse des éléments valables pour notre société actuelle. Nous aurons d'ailleurs l'occasion de préciser dans notre deuxième partie la nature respective, dans le droit, des matières universelles et des matières, au contraire, propres à chaque société. En tout cas, le fait est incontestable. Et il en résulte une différence assez sensible entre les tendances de la méthode juridique et celles de la méthode sociologique. Le juriste, surtout dans nos pays occidentaux, sera le sociologue d'un type bien déterminé de sociétés, celles qui se rattachent à la civilisation romaine. Le sociologue, au contraire, sera porté à voir le droit d'une façon plus générale. « Il est simplement curieux, comme le note, avec un peu d'ironie, M. del Vecchio, que l'étude, par exemple, du régime patrimonial relève du droit ou de la sociologie selon qu'on l'étudie chez les Romains ou chez les Papous » (128). Opposition en somme assez secondaire. La sociologie ne diffère du droit que par l'introduction d'un point de vue relativiste, dans l'étude des faits sociaux (129).

(128) *Justice, Droit, Etat*, p. 178.

(129) Bouglé, *Rapports entre la Sociologie et la Philosophie du Droit*, Cours fait à la Sorbonne, Les Cours de Sorbonne, 1936.

Il ne faudrait cependant pas croire que les romanistes ont attendu la constitution de la sociologie pour reconnaître que certaines données du droit romain ne pouvaient s'appliquer à la société actuelle. Ils savent que seuls en sont vraiment durables les aspects logiques et universels. Guy Coquille avait déjà eu cette admirable formule : « Nous n'alléguons les lois des Romains que pour la raison qui y est » (130).

Néanmoins, si notre droit reste trop souvent mal adapté aux réalités sociales modernes, cela est dû en partie au fait qu'il reste encore trop attaché à des éléments périmés d'un droit ancien, du droit romain en particulier et qu'il ne se soucie pas assez de dégager des données sociales présentes, les structures sociales nouvelles qu'elles comportent, persistant à penser le présent à travers les schèmes du passé. Ici encore, il ne s'agit pas de procédés qui seraient spécifiquement juridiques ; il s'agit tout simplement d'une sociologie attardée. Entre méthode juridique et méthode sociologique se manifeste une différence de qualité, non de nature.

Notre droit commercial a d'abord été décalqué sur les schèmes du droit civil ; c'est lentement seulement que se sont dégagées les structures juridiques qui lui sont propres ; notre droit public, même, a d'abord été une réplique du droit civil. Aujourd'hui, bien des notions en sont encore trop civilistes telle celle de domaine public. De même, si la vie professionnelle et économique moderne n'a pas encore le droit qui lui convient, « ceci est dû à ce que notre droit n'a pas assez étudié les réalités contemporaines. C'est parce que notre enseignement du droit privé a jusqu'ici négligé l'étude des éléments corporatifs ou à base de solidarité professionnelle de la vie moderne du droit qu'il n'a pu réussir à garder le contact des enseignements économiques » (132). Bien plus, les notions fondamentales du droit elles-

(130) *Questions, Réponses et Méditations*, Œuvres, Bâle, 1703, q. 1, 2^e partie, t. II, p. 125.

(132) Lambert, *L'Enseignement du Droit comme Science Sociale*, p. 45.

mêmes sont tributaires d'une sociologie étroite et dépassée. Ainsi la plupart des problèmes juridiques sont encore pensés dans des perspectives exclusivement contractuelles alors que la sociologie contemporaine insiste sur la nécessité de compléter le point de vue contractuel par le point de vue institutionnel. Aussi, pour s'adapter aux situations présentes, le droit est-il obligé de faire un usage immodéré des fictions, très préjudiciables à une conception exacte de la vie sociale. D'une façon plus générale, tout notre droit est encore profondément marqué par l'individualisme du droit romain et du Code Napoléon. Certes, comme nous aurons plusieurs fois l'occasion de le redire, le droit est obligé de progresser plus lentement et plus prudemment qu'une science désintéressée. Mais une adaptation plus rapide paraît possible sans que la sécurité du droit soit compromise.

UN EXEMPLE : LA PROPRIÉTÉ

La notion de propriété nous offre un exemple très caractéristique de la différence de méthode entre le juriste et le sociologue. Sur cet exemple, grâce à des exposés récents très remarquables, on peut voir, en particulier de façon saisissante, comment la dépendance du juriste à l'égard des textes, son attachement excessif à la sociologie du passé et une insuffisante observation des données sociales du monde dans lequel il vit, l'amènent à voir la vie sociale d'une autre façon que le sociologue sans que, pour autant, on puisse considérer la méthode juridique comme essentiellement différente de la méthode sociologique.

Cette attitude, nous pouvons l'observer chez les juristes aux différentes époques de notre histoire.

Considérons d'abord le droit de propriété au Moyen Age (133). Très attachés aux notions du droit romain,

(133) Nous avons puisé les éléments de cet exemple dans deux remarquables études : Lecler, *Propriété et féodalité*, Etudes, 1934, t. CCXIX, p. 433 sq. ; Besnier, *De la Loi des XII Tables à la légis-*

les juristes furent lents à reconnaître le fait social, apparu dès le début du Moyen-Age, du démembrement de la propriété en domaine direct et domaine utile. C'est seulement au XIII^e siècle, dans le « *Liber Feudorum* » que le fait fut reconnu juridiquement au moins implicitement. Il le fut explicitement au XIV^e siècle dans l'œuvre de Bartole : cependant l'influence du droit romain était si forte que, contre les faits, les juristes avaient toujours tendance à donner une importance excessive au domaine direct. Mais les praticiens, passant outre à la réserve des théoriciens, dès le XIII^e siècle donnèrent au vassal le titre de propriétaire. Au XV^e siècle, certains jurisconsultes faisaient encore des difficultés pour reconnaître la réalité. Le grand jurisconsulte Dumoulin sera le premier au XVI^e siècle à énoncer une théorie juridique de la propriété en accord avec les faits, et ce n'est pas sans difficulté qu'il fit prévaloir son opinion, soulignant « cette erreur invétérée des légistes et des canonistes qui restreignent la propriété au domaine direct ». La position de Dumoulin passera dans le traité des Offices de Loiseau qui écrira : « Le Seigneur doit plutôt être dit seigneur que propriétaire de la terre ».

De même, on a reproché aux feudistes des XVII^e et XVIII^e siècles de ne pas avoir eu une vision assez réaliste de la propriété et d'en avoir présenté une vue déformée « à travers le prisme de leurs dogmes juridicopolitiques » (134).

Dans les théories actuelles nous trouvons encore des divergences analogues.

D'après le code civil français (art. 544) la propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements. Cet article du code ne fait que traduire la définition d'Ul-

lation d'après guerre, vicissitudes de la notion romaine de propriété, *Annales d'Histoire économique et sociale*, 1937.

(134) Soulgé, *Essai d'Introduction à la publication des terriers foréziens*, Champion, 1923.

pien, pour qui la propriété est le « *jus utendi et abutendi re sua* ». Ulpien se borne à décrire, et encore d'une manière incomplète, les droits subjectifs résultant pour le propriétaire de ce qu'une chose est sienne. En pur praticien, il néglige d'analyser précisément cette appartenance de chose à personne (135).

Mais ce sont là des définitions qui n'ont rien de spécifiquement juridiques. Elles se présentent comme une analyse du fait social de la propriété. Si nos études modernes sur la sociologie de la propriété nous amènent à d'autres définitions, ce n'est pas parce que les définitions des juristes étaient d'une nature non sociologique ; c'est parce que ces définitions étaient insuffisantes, parce que la sociologie d'où elles dériveraient était imparfaite, et comportait un vocabulaire dont nous n'usons plus aujourd'hui. Ainsi le P. Tonneau observe que la pensée juridique du thomisme sur la propriété « s'inspire de certaines catégories historiques manifestement tributaires de la sociologie médiévale » et que d'une façon plus générale, dans l'ancien droit « le rapport de personne à chose se trouve formulé en termes juridiques, empruntés à une technique fortement pénétrée d'influences sociales historiquement déterminées » (136).

Le Père Tonneau note encore combien, sociologiquement est insuffisante, la notion de propriété de notre droit civil : « on croit avoir analysé la relation de personne à chose lorsqu'on a reconnu à la première un droit absolu sans autre limite que le droit des personnes voisines et les prescriptions légales et réglementaires » (137).

Dans tout cela, on le voit, les différences entre droit et sociologie ne tiennent nullement à une différence spécifique entre l'analyse juridique et l'analyse sociologique, mais au caractère imparfait de l'analyse du juriste.

(135) Tonneau, article, *propriété*, *Dictionnaire de Théologie Catholique*, colonne 738.

(136) *Loc. cit.*, col. 833.

(137) *Ibid.*, col. 833.

De ces analyses insuffisantes de la propriété, ainsi celle de notre code, le P. Tonneau a raison de dire « qu'elles n'épuisent pas, qu'elles effleurent à peine la réalité morale et humaine de la relation de personne à chose » (138). Mais nous ne le suivons plus lorsqu'il déclare que cette analyse n'est pas fausse sur le plan particulier de la technique juridique. Sans doute, comme nous le verrons plus en détail ultérieurement, certains éléments du donné social plus intimes, plus psychologiques pourront être négligés par le droit, mais il n'en résulte pas qu'une analyse inexacte de la réalité sociale puisse faire la base d'une technique juridique. La conception trop individualiste de la propriété qui règne encore dans nos mœurs ne vient-elle pas pour une large part de cette « sociologie incomplète et inexacte de la propriété » mise par les rédacteurs du code civil à la base de la technique de la propriété (139).

(138) *Ibid.*, col. 833.

(139) Le père Tonneau semble, heureusement, se contredire, déclarant un peu plus loin : « L'usage des choses par l'homme, analysé comme une donnée psychologique et sociale, constitue en même temps, une donnée pour la construction juridique » (*loc. cit.*, col. 843).

CHAPITRE IV

SCIENCE ET TECHNIQUE CONSIDÉRÉES DANS CERTAINS PROCÉDÉS PLUS PARTICULIERS DU DROIT

LA RECHERCHE DE PRINCIPES ET LA CONSTITUTION DE SYSTÈMES

L'un des plus caractéristiques parmi les procédés juridiques est l'organisation des données juridiques en un système cohérent à l'aide de principes.

Pour un Saleilles, un Thaller, le droit est la mise en ordre des données de la vie sociale ; il se présente comme un effort pour réunir en un ensemble organique des règles apparemment très diverses, par le dégagement d'éléments communs cette recherche de principes se fera le plus souvent par induction ; de ces principes seront ensuite déduites les diverses règles de droit. Une telle manière de traiter la réalité sociale n'est-elle pas fondamentalement scientifique ? La science n'est-elle pas essentiellement un effort pour mettre de l'unité dans les choses ? Ce procédé juridique relève de la science sociale la plus authentique. A ce point de vue, il n'y a pas de différence entre le droit et la science sociale. La constitution de systèmes est un puissant moyen de connaissance de la vie sociale. Il est, d'ailleurs, utilisé davantage dans le droit que dans la sociologie. Aussi, à cet égard, le droit a-t-il une portée scientifique plus grande que la sociologie.

Ce rôle des constructions et des systèmes n'a pas été assez mis en évidence par M. Gurvitch, qui ne voit dans

« la construction juridique qu'une certaine abstraction artificielle non seulement des conduites effectives mais aussi du pluralisme irréductible du dynamisme essentiel à toute réalité de droit » (140). M. Gurvitch ne semble pas avoir aperçu qu'en dehors de certains excès des constructions sur lesquels nous reviendrons, les systèmes juridiques ne suppriment pas le pluralisme de la vie sociale, mais en pénètrent le sens par la saisie, sous la diversité des choses, du principe qui les explique et les unit.

Voyons de façon plus précise, en étudiant quelques témoignages des maîtres de la science et de l'enseignement du droit, le caractère scientifique des systèmes et des constructions juridiques.

La méthode du droit public décrite par Larnaude se présente bien comme un traitement scientifique d'une réalité : « La méthode du droit public est composée à la fois d'induction et de déduction ; elle consiste essentiellement à rechercher dans les constitutions, dans les codes, dans les lois, et aussi dans les décisions judiciaires, et encore dans la pratique, en un mot dans toutes les manifestations de la vie juridique, les règles essentielles que toutes ces manifestations supposent, c'est-à-dire les principes » (141). C'est le rôle de l'induction. Et, « une fois ces principes trouvés, dégagés pour les cas innombrables qui n'ont pas été prévus, qui n'ont même pu l'être, pour les hypothèses sans cesse diversifiées qui surgissent de la vie, cette grande créatrice, on en tire les conséquences, en leur appliquant la règle contenue dans le principe. Voilà la déduction » (142). Il n'y a rien dans cette description qui révèle une méthode spécifiquement juridique. Une étude proprement sociologique, scientifique, des faits de la vie constitutionnelle et politique d'une société ne se ferait pas selon des règles différen-

(140) *L'expérience juridique*, p. 154.

(141) C'est nous qui soulignons.

(142) Larnaude, conférence sur la méthode du droit public, dans *Les Méthodes du Droit*, p. 27.

tes ; le seul point de divergence serait, peut-être, qu'aux matières étudiées par le juriste, s'ajouteraient des éléments plus imprécis et de caractère moins juridique, ici les données de l'opinion publique.

Ces principes dégagés par l'induction ce sont « les idées générales supposées par l'ensemble des pratiques et données positives observées ». Une fois dégagés, ils seront utilisés pour la solution de problèmes juridiques pratiques. « La seconde opération nous fait employer la méthode déductive. Les décisions consacrées par les textes sont connues. Mais c'est pour les cas imprévus, c'est pour les hypothèses surgissant de la vie, qu'il est utile de dégager un principe car il va permettre de les résoudre. C'est là le travail de la jurisprudence pour laquelle les principes sont en quelque sorte les instruments de travail indispensables » (143).

On le voit : ces méthodes, très générales, ont une portée pratique immédiate. Cette analyse plus précise de l'élaboration juridique nous permet ainsi de mieux comprendre les rapports étroits existant, dans le domaine du droit, entre la science et la pratique. La science ne se rencontre pas seulement dans les opérations générales et préliminaires de l'élaboration juridique. On la trouve dans les aspects les plus pratiques et les plus spéciaux de la tâche du juriste.

M. Thaller, de même, a bien montré aussi « qu'une construction juridique n'était pas un procédé purement technique ou une manière propre au juriste de réfléchir sur les données de la vie sociale, mais une opération qui a tous les caractères d'une étude scientifique de la réalité sociale » (144). « Les constructions juridiques, écrit-il, ne se confondent pas avec les systèmes d'interprétation des textes. Elles n'ont pas une raideur géométrique qui serait incompatible avec la souple diversité des aspects des institutions, elles ne sont pas de purs

(143) Larnaude, *loc. cit.*, p. 29.

(144) Dans *Les Méthodes du Droit*, p. 144.

jeux d'imagination sans valeur de saisie, de pénétration de la réalité sociale, des ensembles purement artificiels ». Les constructions juridiques mettent de l'unité et de l'ordre dans la réalité sociale ; elles l'organisent. « Chaque institution exige un effort de synthèse ; le devoir de l'homme de loi est de la ramener à une figure d'ensemble résumant ses services et le but auquel elle répond, puis de classer cette figure parmi les catégories déjà établies ou, s'il le faut, d'instituer pour elle une catégorie nouvelle ; la construction juridique est une clef de voûte qui soutient tous les arceaux, toutes les pièces de l'œuvre. Son avantage ne réside pas dans un amusement de l'esprit. Le mérite qu'elle a est de communiquer au cerveau sous forme dense et abrégée un appareil de démonstration au moyen duquel de nombreuses difficultés se résoudront. Grâce à elle un principe dirigeant gouvernera les cas les plus inattendus des litiges » (145). Et M. Thaller concluait : « A défaut d'élan pris vers les idées pures le droit ne m'aurait pas intéressé. Il n'aurait été qu'un matériel empirique agissant au gré des circonstances » (146). On regrette de ne pas toujours trouver chez les auteurs plus récents, un sens aussi élevé du sérieux et de la portée scientifique de la méthode juridique.

Toutefois, dans l'œuvre si large et si équilibrée de M. del Vecchio on trouve bien la même conception de la méthode juridique : « L'harmonie intime des différentes parties composant le système doit être essayée et confirmée à chaque instant en rapprochant les règles particulières entre elles et par rapport aux principes généraux auxquels elles se rattachent. C'est seulement par là que le juriste peut comprendre l'esprit profond du système et le suivre dans ses applications particulières ; le juriste doit, autant que possible, dominer et pour ainsi dire, revivre le système entier, en se pénétrant de son unité spirituelle depuis les principes jusqu'aux

(145) *Loc. cit.*, p. 146.

plus minimales dispositions de détail. De là, la nécessité d'une profonde élaboration scientifique du droit. Ainsi les règles particulières du droit ne sont pas vraiment intelligibles si on ne les met pas en regard des principes d'où elles découlent et cela, bien que ces principes puissent ne pas être et ne soient effectivement pas, la plupart du temps formulés dans les lois » (147).

Ce souci d'organisation du droit par la découverte de principes est aussi une des caractéristiques dominantes de l'œuvre de Carré de Malberg. On sait avec quelle pénétration M. Carré de Malberg a étudié notre Constitution de 1875 ; en ayant ramené l'essentiel à cette idée que la loi est l'expression de la volonté générale, il pouvait déclarer : « tout se tient logiquement dans le système qui a consacré la Constitution de 1875 » (148).

Mais on peut craindre qu'il n'y ait quelque exagération à vouloir toujours réunir l'ensemble des réalités juridiques réglant un domaine de la vie sociale, dans un système commandé par une idée unique. Il est bien de rechercher l'unité et on souhaiterait que tous les juristes eussent un souci aussi vif que M. Carré de Malberg de l'organisation des réalités juridiques mais il ne faut pas, pour autant, faire de cette unité un dogme et vouloir l'imposer de force au droit. Si l'on se livre à des analyses positives suffisamment précises et complètes, on est amené à constater qu'un grand nombre d'ensembles juridiques s'expliquent non par un seul principe mais par le jeu, tout d'opposition de plusieurs principes, deux ou même davantage. Ainsi, pour revenir aux théories de Carré de Malberg, dans la Constitution de 1875, la conception purement formelle de la loi ne paraît pas correspondre à la réalité. Il semble impossible de se limiter à un seul principe pour rendre compte de tous les cas concrets. A côté de la conception formelle, il faut faire intervenir la conception matérielle de la loi. On aboutit

(147) *Justice, Droit, Etat*, pp. 125-127.

(148) *La Loi expression de la Volonté Générale*, p. 125.

à un pluralisme, peut-être moins satisfaisant pour l'esprit, mais que l'on doit accepter parce qu'il est dans la nature des choses.

On voit donc que, si la préoccupation de mettre une unité aussi grande que possible dans les données juridiques doit être un souci dominant du juriste, parce qu'il constitue un puissant procédé technique et qu'il est, en même temps, un moyen très scientifique de pénétrer les réalités sociales, il n'y a là néanmoins qu'une hypothèse, une idée directrice de recherche qui doit savoir plier, quand il le faut, devant les indications contraires de l'expérience.

LES PROCÉDÉS LOGIQUES

Il est assez courant de voir dans la manière dont le droit use de la logique et des concepts, un procédé spécifiquement juridique. Ainsi, M. du Pasquier voit dans ces procédés la « phase intellectuelle de l'élaboration juridique » qu'il oppose à la phase proprement scientifique (149).

Certes, quand on confronte le droit et la sociologie, on est frappé de la différence notable que présentent ces disciplines au point de vue de l'emploi de la logique et des concepts. La sociologie est très proche des données immédiates de la vie sociale, très expérimentale ; elle comprend peu de théories, de déductions logiques. Le droit, au contraire, nous offre de longues chaînes de raisonnements, des définitions très rigoureuses, bref un appareil logique très développé.

Faut-il conclure de cet état de choses que seule la sociologie peut être considérée comme une science de la vie sociale, le droit étant une discipline d'une autre nature, orientée uniquement à des fins pratiques ? Les procédés de logique qu'elle emploie ne seraient-ils donc d'aucune efficacité pour la pénétration scientifique de la vie sociale ?

(149) *Introduction à l'Etude du Droit*, p. 217.

Concevoir ainsi les rapports entre droit et sociologie serait adopter cette position anti-intellectualiste qui fut, un moment, une réaction nécessaire contre les excès des procédés déductifs et conceptuels mais qui, à son tour, exagérée, a abouti à un affaiblissement des méthodes scientifiques, très préjudiciable à une sérieuse compréhension des choses.

En réalité, l'usage de la logique dans le droit n'a rien d'essentiellement différent de l'usage de la logique dans la science. Nous y trouvons des généralisations, des abstractions, des concepts comme dans toute discipline scientifique. La sociologie, dans la mesure où elle tend véritablement à être une science, est, elle aussi, obligée d'utiliser les mêmes procédés. Aussi, paraît-il inexact de déclarer que : « La diversité des choses ne devient jamais une unité homogène par voie d'abstraction de la logique juridique » (150). Nous pensons, au contraire, avec M. Dabin, que les procédés logiques employés par le droit n'ont rien de spécifiquement juridique. « On trouve en usage au stade de la sociologie et de la politique les divers procédés qui, seuls, permettent à l'intelligence de dominer la matière sociale, à savoir l'abstraction, la généralisation, les catégories de toutes sortes. Tous ces éléments ne peuvent pas être considérés comme constituant le bien propre du conceptualisme juridique » (151).

Ces procédés logiques n'excluent pas l'emploi des procédés expérimentaux, mais ils les complètent. Sans logique, la science sociale ne serait qu'un empirisme sans portée ; sans recours à l'expérience, la logique ne serait qu'une déduction creuse, toute artificielle, qui ne saisirait pas vraiment les choses sociales. Au début du XIX^e siècle la conception classique du droit faisait une trop large place aux déductions. A ce point de vue, l'Ecole Historique de Savigny, insistant sur les aspects concrets

(150) Kraljevitch, *Portée du glissement du droit vers la sociologie*, p. 120.

(151) *La Technique de l'Elaboration du Droit positif*, pp. 107 et 115.

du droit, a eu un rôle très bienfaisant ; elle a heureusement contribué à enlever du crédit à la déduction alors toute puissante (152). Mais le développement des tendances sociologiques dans le droit a ensuite diminué à l'excès le rôle de la logique.

N'est-ce pas à sa forte structure logique que le droit romain doit sa singulière puissance de pénétration de la réalité sociale. M. Guibal, à qui nous devons une étude très suggestive sur l'introduction de la logique dans le droit romain, parlant de l'influence de la logique stoïcienne sur le droit romain note très justement que « c'est avec de tels procédés et de telles méthodes que l'œuvre des prudents est vraiment devenue une œuvre scientifique » (153).

Et actuellement, pour trouver une pénétration vraiment profonde des phénomènes sociaux, bien souvent c'est au droit qu'il faut aller et non pas à la sociologie. Le droit possède en effet une supériorité, qu'il doit précisément, en grande partie, à sa forte tradition de méthode logique et déductive (154).

Traitant de la future Constitution de la France, M. de la Bigne de Villeneuve a récemment montré avec beaucoup de pénétration, comment, dans l'élaboration d'une Constitution, on devait concevoir le rôle complémentaire de la logique et de l'expérience et comment il fallait se garder de l'abus des déductions : « La méthode qui doit présider à l'élaboration d'une constitution ne peut être simple. Elle exigera l'utilisation concurrente, avec un intelligent éclectisme, de l'induction et de la déduction. Ce sera une méthode complexe. Ainsi ce travail réclamera la pratique simultanée et concomitante

(152) Saleilles, *Ecole Historique et Droit Naturel*, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1902, p. 86.

(153) *L'influence de la philosophie sur le développement du Droit Romain*, Sirey, 1937, p. 47.

(154) Sur le rôle complémentaire de l'expérience et de la déduction, cf. l'œuvre de philosophie scientifique de M. Edouard Le Roy. On trouvera aussi un exposé très exact et très riche de ces problèmes dans Rideau, *Philosophie de la Physique moderne*, éditions du Cerf, 1938.

de qualités très différentes et presque opposées : celles de l'esprit d'observation le plus investigateur et le plus perspicace et de l'esprit de raisonnement le plus rigoureux et le plus exigeant, celles de l'intuitif et celles du logicien. Mais cela même n'est pas tout ; une autre nécessité s'impose. Ce n'est pas seulement l'union des deux tendances qui est nécessaire, c'est encore le dosage adéquat de chacune d'elles. Le bon sens paraît exiger que la part de l'esprit déductif soit restreinte et étroitement surveillée. Il aura surtout le rôle d'agent catalyseur, d'architecte. Mais voici précisément le péril : c'est presque toujours l'esprit déductif qui a prévalu. Parce qu'il est plus répandu chez les hommes. Parce que son mécanisme est plus simple, plus commode, plus rapide, parce que dans la plupart des cas, les Constituants ont été choisis parmi les juristes professionnels et qu'une dangereuse tendance qui triompha largement à Rome et reste trop souvent prédominante à notre époque, veut que la déduction soit l'instrument principal et presque unique du travail juridique. Les rédacteurs de notre première Constitution écrite, celle de 1791, sont tombés si lourdement, si complètement dans cette erreur que leurs successeurs n'ont jamais pu jusqu'ici s'en délivrer tout à fait. Toutes les Constitutions révolutionnaires appartiennent au type juridique et systématique et c'est ce qui explique à la fois leur caractère tyrannique, leur malfaisance et leur fragilité. C'est, au contraire, par un sage va-et-vient des axiomes juridiques aux faits politiques et des faits politiques aux axiomes juridiques, par des recoupements incessants de la logique et de l'expérience que pourra se tisser progressivement solide et souple, la trame de notre future existence nationale » (155).

(155) *Lettres aux Constituants, Illustration*, 12 juillet 1941.

FONCTION PLUS PRÉCISE DE LA LOGIQUE : LA CONCEPTION DE KELSEN

Le rôle de la logique dans le droit a aussi des aspects plus précis dont il convient de parler d'une façon particulière en raison de leur importance. Il s'agit de cette tendance que l'on rencontre principalement chez Kelsen et dans l'École de Vienne et, à moindre degré, dans le positivisme juridique d'un Carré de Malberg, à ramener le droit à des structures logiques formelles. On s'attache à dégager du système concret et vivant des règles juridiques, des rapports logiques, des notions abstraites et assez générales, et à former, à l'aide de ces éléments, des ensembles logiques que l'on dit constituer l'essentiel de la théorie juridique. On en vient ainsi à concevoir le droit comme une géométrie de règles juridiques, comme une pure structure logique. Conception qui conduit à réduire considérablement le rôle des éléments sociologiques, moraux et politiques et, d'une façon plus générale, de toutes les données de la science sociale positive. Ainsi le droit tend à se constituer en un système autonome vis-à-vis de la vie sociale.

On sait les vives critiques qui ont été adressées à cette manière de comprendre la science juridique ; ces critiques ont été surtout formulées par des juristes sociologues qui voyaient là une position radicale d'indépendance du droit à l'égard de la sociologie. On a dit de cette théorie qu'elle était une construction abstraite sans aucune portée scientifique, sans aucune valeur de pénétration du réel. Il semble qu'il y ait quelque exagération à condamner aussi rapidement et de façon aussi globale ces vues d'un Kelsen et de son École. A procéder ainsi on risque de ne pas apercevoir la fonction importante des analyses abstraites et purement logiques dans toute science positive et dans la science sociale en particulier. En méthodologie scientifique on a beaucoup insisté ces dernières années sur la nécessité de séparer, dans la constitution d'une science, les données empiri-

riques d'une part, les structures logiques formelles d'autre part (156). Auparavant, dans l'exposé de la science, les développements logiques étaient d'ordinaire mêlés aux constatations empiriques sans que l'on se souciât d'en marquer l'autonomie ; maintenant, au contraire, beaucoup d'aspects de la science que l'on croyait auparavant étroitement dépendants des données concrètes, ont été reconnus comme étant de pures structures logiques n'ayant que peu de liens avec l'expérience. Ne pourrait-on s'inspirer avec profit de ces préoccupations dans l'étude du droit ? Le droit, à bien des points de vue, ne se ramène-t-il pas à des structures logiques assez indépendantes des données sociales concrètes ? N'en est-il pas ainsi de certains aspects de la théorie générale des contrats, des règles pour la détermination de la nationalité ou la répartition des successions ? Allons-nous, sous prétexte de rester plus près de la vie et d'être plus sociologue, négliger ces constructions abstraites ou les noyer dans une sorte de « sentimentalisme sociologique ou psychologique » qui, en fait, n'apportera aucune clarté nouvelle au développement juridique de la question.

On peut même aller plus loin, et reconnaître que bien des parties du droit peuvent être constituées en un tout par le dégagement de quelques principes abstraits d'où, par déduction, dériveront toutes les règles particulières. En tout cas, l'important n'est pas d'arriver à faire de telles parties du droit un tout abstrait (ce qui sera souvent chimérique) mais d'avoir le souci de mettre en évidence les structures, les cohérences logiques internes d'une théorie avant d'introduire des éléments extérieurs d'explication. Il importe essentiellement de ne pas se placer *a priori* dans une position de défiance vis-à-vis de la logique, qui amènerait à ne concevoir le droit que comme une suite de constatations empiriques. Ce

(156) Cf. en particulier : Carnap, *Le Problème de la Logique de la Science, Actualités scientifiques et industrielles*, n° 291, Hermann, 1935.

n'est pas parce que certaines parties d'une théorie juridique se développent abstraitement, qu'elles sont privées de tout rapport avec la réalité sociale concrète. Après le travail abstrait s'opère un retour au concret d'où il résulte que la logique, loin d'avoir été un pur formalisme se trouve avoir constitué un outil puissant de pénétration du réel (157).

Mais il n'est pas possible de suivre l'Ecole de Kelsen jusqu'au bout. Le droit tout entier ne peut être réduit à un système clos, épuré de tout élément sociologique et dont l'unité serait assurée par une norme supérieure, hypothèse fondamentale, d'où l'on déduirait de manière infailible toutes les règles juridiques. La vie est trop complexe pour être ramenée ainsi à une rigoureuse unité logique. Le droit n'est pas un absolu, un « en soi ». Il n'est qu'un instrument au service de la vie sociale. Si développées que puissent être les théories abstraites dans le droit (et nous avons tenu à reconnaître la large place qu'elles y tiennent contre les timidités et les défiances de trop de conceptions étroitement sociologiques ou empiriques), elles ne peuvent jamais constituer un système indépendant des données concrètes de la vie sociale et des principes supérieurs du droit naturel (157 bis). D'ailleurs, nous voyons des disciples de Kelsen atténuer la rigueur des positions de leur maître et reconnaître que le droit n'est pas un système de pures normes abstraites mais qu'il dépend aussi de la réalité sociale concrète (158).

(157) M. Cuhe dans ses *Conférences de Philosophie du Droit*, Sirey, 1928, demeure, sur ce point, dans une position assez négative.

(157 bis) D'ailleurs, à un point de vue plus directement philosophique, les conceptions de Kelsen appellent des réserves beaucoup plus graves encore. Elles sont en effet fondées sur un positivisme rigoureux, rejetant toute réalité transcendante à la société. Cette norme fondamentale sur laquelle repose tout le système de Kelsen, est une pure hypothèse ; elle n'a aucune portée ontologique. Nous pensons avoir montré tout au contraire, dans notre chapitre sur l'aspect normatif de l'élaboration juridique que c'étaient précisément ces normes transcendantes qui fixaient l'orientation de la société, en assuraient la « tenue ».

(158) On trouvera une intéressante analyse des théories de Kelsen dans l'étude de Martyniak, *Le problème de l'unité des fondements de la théorie du droit chez Kelsen*, APDS, 1937, c. 1-2.

Kelsen avait condamné le « syncrétisme méthodologique » qu'il voyait surtout dans le mélange des théories abstraites du droit avec des considérations sociologiques. Une aussi grande « pureté » de méthode prouve de la part de celui qui la préconise une très noble conception de la recherche intellectuelle. Elle n'est malheureusement pas toujours compatible avec la complexité de la vie.

LE CONCEPTUALISME

Un aspect du rôle de la logique dans le droit doit maintenant être analysé de plus près en raison de son importance : c'est le conceptualisme. Certains théoriciens du droit comme Windscheid, Kohler, Esmein, y ont vu l'essentiel de la technique juridique. Et, d'ordinaire, on le considère comme un procédé spécifiquement juridique opposé à la connaissance de la réalité sociale. Cette fois encore, nous allons essayer de montrer que ce procédé est beaucoup moins juridique qu'il ne semble et, qu'en son fond, il relève de la science.

Le concept juridique ne diffère pas essentiellement de tout autre concept. Comme tout conceptualisme scientifique, le conceptualisme juridique étant à base d'abstraction et de généralisation, n'est pas parfaitement adapté au concret ; mais s'il est un instrument imparfait il est cependant indispensable et permet, d'ailleurs, de façon déjà très satisfaisante la saisie du réel (159). Aussi bien, le conceptualisme juridique n'est pas un procédé artificiel sans valeur de connaissance, comme on le dit trop souvent. Dégager d'un ensemble de réalités juridiques un concept, une notion c'est, au delà des données immédiates, saisir un principe, une idée commune à la diversité des réalités sociales concrètes, c'est, en un sens précis et fort, pénétrer la réalité sociale, la

(159) Cf. Rouast, *Abstrait et concret dans le Droit*, dans « Où chercher le Réel, Cahier de la Nouvelle Journée, n° 9, Bloud, 1927. Sur le conceptualisme juridique, cf. aussi Renard, *Le Droit, la Logique et le Bon Sens*, p. 153 sq.

comprendre. C'est faire vraiment œuvre scientifique que de dégager les notes qui caractérisent un concept ; or c'est là une opération courante dans le travail juridique. Ainsi les analyses en vue de déterminer les notions d'immeuble, de prescription, de possession, d'acte de commerce, de fonds de commerce, de service public, ont une pleine valeur scientifique. De même quand les juriconsultes romains analysaient la possession dans ses deux éléments de l'*animus* et de la *possessio corpore*, leur étude n'avait rien de spécifiquement juridique ; elle n'était pas une opération artificielle ; elle valait sociologiquement. C'est bien aussi d'une analyse sociologique qu'il s'agit, lorsque nous recherchons les conditions qui doivent être réunies pour pouvoir prescrire : possession continue, paisible, non précaire, durant un certain délai. Opération très scientifique aussi que l'analyse des diverses conditions sociales en vue de les doter d'une législation spéciale. C'est ainsi que l'on a cherché à préciser ces dernières années le concept d'artisan dégageant ces trois notes fondamentales : exercice d'un métier manuel, travail pour soi et non pour un patron, emploi d'un petit nombre d'ouvriers. C'est aussi à de très intéressantes analyses sociologiques qu'a donné lieu l'étude assez récente de la notion de fonds de commerce où l'idée de clientèle joue un rôle essentiel (160).

Mais ce conceptualisme a des imperfections. Les unes communes à tout conceptualisme, les autres propres au conceptualisme juridique.

Le défaut général du conceptualisme est d'uniformiser les réalités, de négliger les singularités. Ainsi, on sait tous les inconvénients, dans notre législation du travail, de l'application du concept de salarié à des situations sociales très différentes : grande industrie, petite industrie, artisanat, monde paysan. Mais on peut améliorer à cet égard le conceptualisme en tendant à serrer la réalité dans des concepts moins lâches.

(160) Cf. Ripert, *Cours de Droit commercial* de la Faculté de Droit de Paris, 1938-1939, Les Cours de Droit.

Défaut de nature assez voisine : le concept en séparant, en découpant, introduit des discontinuités dans la continuité naturelle de la vie sociale. Ainsi, la répartition des assurés sociaux en un petit nombre de catégories, en vue de ne pas compliquer les formalités administratives, crée artificiellement des discontinuités dans la continuité des situations sociales. De même, dans la matière de l'état des personnes, la distinction du majeur et du mineur.

Mais ce défaut, le droit tend aussi à le corriger. Le concept n'est pas nécessairement aussi discontinu que l'on pense. Dans les recherches récentes de méthodologie scientifique on a montré que l'on pouvait concevoir des degrés dans l'appartenance à une catégorie et, ainsi, réintroduire plus de souplesse dans l'usage du concept. Ne voyons-nous pas en droit la distinction entre le majeur et le mineur corrigée par l'institution de l'émancipation, et diverses dispositions accordant au mineur des facultés qui rapprochent sa capacité juridique de celle du majeur. Souvent aussi le concept est assez malléable ; il est plus une directive qu'un schème rigide : ainsi les notions de bonne foi, d'administration en bon père de famille, etc...

Ensuite, la structure sociale n'a pas toujours cette continuité qu'on lui prête ordinairement. Elle présente des aspects discontinus auxquels un conceptualisme juridique assez marqué pourra s'appliquer de façon très satisfaisante. Ainsi les divers degrés de hiérarchie dans les fonctions civiles ou militaires constituent des discontinuités imposées si fortement à la conscience sociale qu'elles arrivent à supplanter des éléments d'appréciation psychologiques plus continus qui seraient peut-être plus conformes à la réalité. Discontinuité très forte aussi, dans la vie internationale, entre l'état de paix et l'état de guerre, le combattant et le non combattant ; entre les diverses nationalités.

Le conceptualisme juridique présente, de plus, des caractères propres qui peuvent nuire à sa valeur scien-

tifique. Cela est dû au fait que la schématisation conceptuelle est souvent accusée en vue de simplifier le plus possible l'image juridique de la vie sociale. On fait rentrer sous une même dénomination, des réalités sociales très différentes afin de réduire au minimum le nombre possible des concepts. L'exemple le plus typique en est bien cette « *summa divisio* » des choses réelles en meubles et immeubles. La simplification joue aussi dans le temps, tendant au maintien d'un même concept juridique pour qualifier une réalité sociale qui s'est transformée.

Simplification plus arbitraire et artificielle encore : le procédé, dit de « *chiffrage* » ; il consiste à fixer arbitrairement des séparations là où les déterminations ne sont pas nettes. Ainsi, pour revenir à la notion d'artisan, alors qu'au point de vue sociologique, la condition d'employer un petit nombre d'ouvriers est suffisamment précise, elle ne l'est pas assez pour le juriste qui devra fixer ce nombre ; cinq, par exemple, dans certaines dispositions législatives. Cette précision est un procédé spécifiquement juridique qui contribue à donner à la réalité juridique un aspect propre. De même, la fixation de la majorité à 21 ans. La réalité juridique ainsi différenciée par cette schématisation, tendra néanmoins à se rapprocher de la réalité sociale. Dans la mesure assez étendue, en général, où elle sera acceptée, elle entrera dans les habitudes sociales. Ainsi en est-il de l'âge de la majorité, des délais de prescription.

Mais s'il est vrai que le conceptualisme juridique a des aspects qui lui sont propres, il reste que, souvent, le conceptualisme juridique est rigide, mal adapté, et ceci sans raisons techniques vraiment sérieuses. Il semble qu'il pourrait s'assouplir, suivre de plus près les réalités sociales sans que, pour autant, soient compromises les fins pratiques poursuivies par l'élaboration juridique (161).

(161) Ce point est particulièrement bien mis en évidence par Miceli dans ses *Lezioni di filosofia del Diritto*, 2 v. Naples, 1914.

LA PRÉSUMPTION ET LA FICTION

Nous croyons avoir ainsi montré que les procédés techniques analysés jusqu'ici ne modifiaient pas radicalement la réalité sociale qui servait de base à l'élaboration juridique, mais qu'ils lui imprimaient seulement certaines déformations qui laissaient inaltéré son contenu essentiel.

Nous abordons maintenant une catégorie de procédés qui paraissent, cette fois, entraîner pour la réalité sociale des déformations beaucoup plus profondes ; ce sont les présomptions et les fictions. Il semble cependant possible de montrer, qu'ici encore, la déformation est beaucoup moins essentielle qu'il ne paraît au premier abord.

Examinons en premier lieu la présomption : elle consiste à substituer à la constatation d'un fait une donnée déduite d'éléments qui ne touchent qu'indirectement ce fait. Ainsi en est-il dans le cas de la présomption de paternité : « *Pater is est quem nuptiæ demonstrant* ». Ce qu'on aurait dû constater c'est le fait réel, biologique. Une telle constatation n'est pas possible de façon certaine. Renonçant alors à la constatation directe on lui substitue une règle donnant une réponse certaine fondée sur des indices extérieurs et l'on déclare que c'est le mari qui est « présumé être le père ».

Est-ce s'éloigner radicalement de la réalité sociale que de procéder ainsi ? Est-ce user d'un procédé spécifiquement juridique ? Pour répondre à ces deux questions il faut distinguer deux cas de présomptions : la présomption proprement dite qui supplée à une impossibilité réelle de constatation d'un fait, la présomption masquant au fond une fiction et qui est finalement une règle impérative posée par le législateur.

Présomption proprement dite : c'est le cas de la règle « *Pater is est* » dans le cas où la recherche de paternité ne peut pas aboutir à des conclusions cer-

taines. On substitue à la détermination trop incertaine une détermination indirecte certaine et qui atteint de façon assez probable la réalité. Dans une société de mœurs saine en effet, la présomption « *Pater is est* », dans la plupart des cas, correspondra à la réalité. Cette règle reste donc proche de la réalité parce qu'elle est basée sur des indices qui, normalement, sont en corrélation avec le fait à constater.

Il y a là un procédé qui n'a rien de spécifiquement juridique ; il n'est pas rare, en effet, que, même dans les sciences exactes, l'on se contente d'une donnée probable obtenue par des moyens indirects lorsque l'on est dans l'impossibilité de faire une observation directe. Et donc, toute règle de présomption aboutissant à une détermination exacte en moyenne, doit être considérée comme relevant encore de la méthode scientifique (160).

Second type de présomption : la présomption irréfutable. Cette fois, d'autorité, la loi substitue à la constatation directe une règle de détermination indirecte. Sans doute, souvent cette règle atteindra une donnée moyenne permettant de saisir la réalité, d'une manière assez satisfaisante. Mais, cette règle pourra s'imposer aussi alors même qu'une constatation directe non sujette à contestation aurait été possible ; il arrivera ainsi que parfois elle contredira les faits. C'est ce qui se produit lorsque le droit fait jouer obligatoirement la règle « *Pater is est* » alors qu'il existe des indices très nets prouvant que le mari n'est pas le père. Il en sera souvent aussi de même de la règle « nul n'est censé ignorer la loi » ou de certaines présomptions de faute.

Ce type de présomption va donc directement contre la vérité des choses. Il ne semble pas qu'il y ait là, pour

(162) Cette idée de « moyenne » est bien indiquée par Rouast, à propos de la détermination de la responsabilité : « A défaut de moyen de preuve directe, il reste la ressource de comparer la conduite de l'auteur du dommage à celui d'un type moyen d'humanité ». *Loc. cit.*, p. 175.

autant, un procédé spécifiquement juridique. En fait, cette présomption masque une injonction du législateur. Nous ne sommes plus dans une phase de connaissance de la réalité juridique mais dans une phase de construction, de création de normes que l'on cherche à imposer à la société : à proprement parler, la réalité sociale n'est niée qu'en apparence. Ce que le droit se propose, c'est d'imposer certaines conséquences juridiques à une situation de fait. Dans le cas de la règle « *Pater is est* », la société veut que, même lorsque l'enfant est manifestement adultérin, il soit cependant, au point de vue de sa situation juridique, traité comme appartenant à la famille légitime ; ceci, en vue d'éviter des scandales et de ne pas troubler l'ordre social. De même, dans le cas de la règle « nul n'est censé ignorer la loi », le législateur sait fort bien que beaucoup de citoyens ne connaissent pas la loi ; en formulant cette prescription, il entend simplement dire que tout citoyen verra sa conduite appréciée d'après les lois existantes, qu'il les ait connues ou non. Le but de cette disposition est d'éviter des contestations et le désordre qui ne manquerait pas de se produire si certains citoyens pouvaient échapper à la loi, en faisant la preuve qu'ils ont été dans l'impossibilité de la connaître. En effet, si l'on prenait en considération cette prétention, peut-être légitime, d'ailleurs, on serait conduit à des problèmes de preuves insolubles ou, du moins, fort complexes. Dans le cas de la responsabilité, l'introduction de la présomption irréfragable de culpabilité est une manière d'introduire, dans le cadre des dispositions de notre code, le principe de la responsabilité basée sur le risque.

En somme, sous une apparence de procédé spécifiquement juridique, se dissimule, en fait, une règle de politique sociale (163).

Quant à la fiction juridique, aspect plus explicite de la

(163) Sur les présomptions, cf. Dabin, *Technique de l'élaboration du Droit*, p. 233 sq.

présomption irréfragable, elle consiste essentiellement en ce que, refusant délibérément de reconnaître les véritables caractères d'une réalité sociale, le droit feint d'y trouver des caractères qu'elle ne possède pas. Ainsi en est-il, par exemple, des fictions de la mort civile, de l'adoption, de la qualification de meuble. Dans la fiction de la mort civile, on feint de considérer comme mort quelqu'un qui y est en vie. L'adoption est une institution qui considère, contrairement aux faits, que l'adopté est fils de l'adoptant. Quant à la fiction de meuble, elle amène à considérer, comme étant physiquement des meubles, des entités qui n'ont nullement ce caractère, ainsi des titres de société. La fiction proprement dite va donc nettement contre la réalité. Ce n'est que par une extension illégitime que l'on qualifie de fiction des procédés qui sont seulement une manière incomplète, imparfaite, déformante de considérer les réalités sociales mais qui en respectent cependant les caractères fondamentaux. Ainsi la notion de personne morale. On ne peut dire, au sens propre, qu'un groupe social constitue une personne, mais il est admissible d'employer l'expression en un sens analogique. Ceci, même un théoricien du droit opposé à la notion de personne morale le concéderait.

Prenant donc la fiction dans son sens le plus précis, devons-nous y voir un procédé spécifiquement juridique opposé à la connaissance scientifique de la réalité sociale ? Il ne semble pas. Il faut ici encore dépasser les apparences. Que trouve-t-on au fond de la fiction juridique ? Essentiellement un moyen, en respectant les textes existants, d'attacher à une situation de fait certaines conséquences juridiques. Le texte doit être respecté pour des raisons de stabilité et de continuité sociale, du moins dans une certaine mesure (nous reviendrons sur ce point dans notre deuxième partie) ; mais, par ailleurs, il faut tenir compte de l'évolution sociale. La fiction loin d'aller contre les faits a pour but, au contraire, de tenir compte, autant que possible,

des conditions présentes de la vie sociale. A cet effet, on cherchera dans les textes quelle base de faits supposent les conséquences juridiques que l'on veut voir réalisées et l'on feindra de reconnaître cette situation décrite dans les textes dans la situation donnée en réalité (164). C'est ainsi que la fiction permettra de « couler des solutions de solidarité impérieusement exigées par la vie sociale d'aujourd'hui dans le moule individualiste » (165).

Mais ce procédé de la fiction ne doit pas être considéré comme un procédé absolument fondamental d'élaboration juridique. Il n'est que transitoire : c'est un procédé d'attente qui ne jouera plus dès que la législation se sera adaptée aux situations sociales nouvelles. Cependant, quoi qu'il en soit de son importance, nous avons vu que ce procédé ne suffit pas à faire considérer la technique juridique comme différant fondamentalement des procédés de connaissance scientifique de la vie sociale.

(164) Sur les fictions cf. Dabin, *op. cit.*, pp. 180-200 et 300-330 ; Dekkers, *La fiction juridique*, Sirey, 1935 ; Renard, *Le Droit, la Logique et le Bon Sens*, passim.

(165) Cf. Morin, *L'abus du droit*, *Revue de métaphysique et de morale*, 1929, p. 27.

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

Après ces analyses, comment, dans une vue d'ensemble, se présentent la fonction et la portée de chacun des moments de l'élaboration juridique.

Tout d'abord, une partie du droit est l'œuvre spontanée et pratique de la vie sociale collective ; mais ce premier mode d'élaboration ne suffit pas à constituer le droit. A ce stade, la matière sociale qui tend à devenir du droit est vague, imprécise, faite aussi d'éléments qui s'opposent ; elle n'est pas encore pénétrée de conscience et clarifiée. Aussi s'est affirmée la nécessité de mettre de l'ordre dans cette matière confuse, de « lever ces indéterminations », d'assurer l'efficacité de la préhension du juridique sur le social. On n'insiste peut-être pas assez, d'ordinaire, sur ces caractères de la matière sociale : ses indéterminations, son imprécision, son désordre même. Caractères qui ne sont pas accidentels mais appartiennent à la nature même de la réalité sociale spontanée. Ainsi, la vie sociale immédiate et spontanée manifeste une impuissance foncière à constituer par sa seule activité ces structures nettes et précises réclamées impérieusement pour les besoins de l'organisation juridique. Aussi l'élaboration juridique sera-t-elle, pour la vie sociale, une tâche non pas secondaire mais essentielle. Nous avons essayé de montrer que cette détermination, cette mise en ordre n'étaient pas seulement assurées par une création artificielle, par le choix arbitraire du législateur mais que, d'abord et pour une très large part, elle relevait de la science sociale la plus authentique, qu'elle était une étude scientifique du donné social. Certes nous avons noté entre méthode juri-

dique et méthode sociologique des différences de vocabulaire, de tendances, de présentation, mais ce ne sont que différences superficielles ; dans leur essence, les méthodes, dans une très large mesure, sont identiques. Les fins techniques du droit sont obtenues, beaucoup plus qu'on ne le pense communément, par des procédés scientifiques. Sur ce point nous nous sommes très nettement écartés des conceptions de GénY. Là où s'opposent des prétentions qui peuvent sembler également justifiées, là où les réactions spontanées de la vie sociale n'apportent pas de solution, un effort de réflexion, de prise de conscience, d'analyse scientifique, de mise en ordre, permettra de déterminer le sens dans lequel il faudra s'orienter, la solution qui devra l'emporter.

Mais la science ne suffit pas ; nous n'avons pas craint de l'affirmer, du moment que nous avons auparavant cherché à épuiser toutes ses possibilités. Et alors interviennent la création, la technique sociale ou proprement juridique. On ne se contentera plus de prendre conscience du social et de l'organiser, il faudra maintenant imposer à la réalité sociale certaines déformations qui la schématiseront ou en fixeront les traits d'une manière arbitraire. La science nous a permis de lever certaines indéterminations mais non pas toutes. Il en subsiste d'irréductibles ; des structures sociales sont nécessaires que nous n'avons pu découvrir, même par l'analyse la plus pénétrante de la vie sociale. Alors, pour constituer la réalité juridique, doivent intervenir d'une part, des procédés de technique sociale, politique et économique, d'autre part, des procédés proprement juridiques, à savoir la technique juridique au sens précis et étroit du terme.

Procédés spécifiquement juridiques d'abord : il ne s'agit plus directement de connaissance scientifique ; la soumission au donné fait place à la liberté créatrice. Mais, même lorsque le juriste procède ainsi à de libres constructions, lorsqu'il se livre à des déterminations arbitraires, il ne jouit pas cependant d'une parfaite

autonomie. Cette libre activité créatrice va jouer dans le cadre de la science sociale qui l'a précédée. Ces opérations n'ont leur sens, ne se comprennent pleinement que rattachées à des opérations scientifiques plus fondamentales qu'elles viennent seulement compléter. Dans ce qui semble lui appartenir en propre, la méthode juridique reste dans la ligne de la méthode scientifique ; elle en exagère certains caractères, en accentue certains procédés, mais n'offre pas d'aspects radicalement différents de ceux de la méthode scientifique. Ainsi, pour ne rappeler que quelques exemples, la détermination arbitraire de l'âge de 21 ans pour le moment de la majorité doit être rattachée, pour être vraiment comprise, à la recherche scientifique de l'époque normale de maturité pour l'homme ; de même la fixation du délai de prescription à 10 ans ou 30 ans doit être étudiée en relation avec la recherche, elle aussi scientifique, du délai au terme duquel, normalement, on peut penser qu'une situation précaire peut être considérée comme consolidée. Exposer le droit en deux parties séparées, d'une part les déterminations scientifiques, d'autre part, les déterminations arbitraires et les libres créations, serait fausser la compréhension de la vie sociale.

De même, pour constituer socialement le droit, l'élaboration scientifique positive doit être complétée par une élaboration normative et, d'une façon plus large, par une construction. Mais, tout en reconnaissant l'insuffisance de la méthode proprement positive, nous avons insisté sur la nécessité, ainsi que dans le cas de l'élaboration technique, d'épuiser d'abord toutes les possibilités de l'élaboration positive, c'est-à-dire de la simple étude réfléchie et de l'organisation scientifique du donné social avant de passer à la phase normative et constructive. De plus, il nous a paru essentiel de noter que la phase constructive était en étroite dépendance de la phase scientifique. De même encore que pour l'élaboration technique, la construction, bien qu'apportant des éléments nouveaux, doit se faire cependant dans le

prolongement des indications fournies par l'étude positive du donné social.

Nous étions partis des « hésitations sociales » du donné spontané. Le droit nous a apporté l'ordre et la précision. Ce résultat a été obtenu, non par un unique procédé, mais par deux catégories de procédés : la science, sur l'importance de laquelle nous avons insisté, puis la technique et la création.

La réalité juridique ainsi constituée, par tout ce qu'elle contient encore de donné spontané, par tout ce dont l'effort scientifique l'a enrichie ou, plus exactement, par tout ce que l'effort scientifique réfléchi a décelé dans le donné spontané et qui y était comme caché, est pleinement réalité sociale. Par les déformations et les créations de la technique, elle a revêtu des aspects proprement juridiques qui ne sont plus directement sociaux mais qui pourront devenir cependant, pour la vie sociale, comme une seconde nature dans la mesure où ils seront acceptés.

Enfin, et c'est une conclusion sur laquelle nous tenons à insister, dans ce qu'elle a de scientifique, la méthode juridique est souvent de meilleure qualité que la méthode sociologique. On y trouve plus de rigueur, de logique, de souci d'unification. Il est vrai, par contre, que la méthode juridique ne fait pas toujours une assez large part à l'observation positive ; en cela elle est inférieure à la méthode sociologique. En somme, méthode juridique et méthode sociologique se complètent et se corrigent mutuellement ; leur rapprochement doit favoriser la formation d'une méthode d'étude des réalités sociales plus souple, plus équilibrée et plus féconde.

Cette première partie a été consacrée à la comparaison de la méthode juridique et de la méthode sociologique. Nous n'avons pas pour autant, cependant, achevé la comparaison du droit et de la sociologie. Il nous reste à préciser les domaines respectifs auxquels s'appliquent le droit et la sociologie. Le droit s'applique-t-il

à toute la matière sociale ou seulement à certains de ses aspects ? Tant que ce point n'aura pas été précisé nous ne pourrons considérer comme complète notre étude comparée du droit et de la sociologie.

A cet effet, il nous faut étudier la nature sociale du contenu du droit. Cette étude a déjà été amorcée. Nous ne pouvions analyser certaines méthodes juridiques sans que déjà n'interviennent des considérations sur la matière étudiée ; ainsi en a-t-il été pour la méthode normative et aussi pour les méthodes visant à supprimer des indéterminations de la vie sociale. Nous avons vu aussi comment la schématisation donnait au droit un caractère spécial ; mais, d'autres caractères fort importants doivent être maintenant étudiés dans notre seconde partie consacrée à l'étude directe de la nature de la réalité juridique, à savoir l'extériorité, la stabilité, la contrainte et le caractère formel du droit.

Ainsi, on voit, comme nous l'annonçons dans notre introduction, combien sont étroitement liés les deux problèmes des rapports entre la science sociale et la science du droit d'une part, des rapports entre réalité juridique et réalité sociale d'autre part.

DEUXIÈME PARTIE

CARACTÈRES SOCIOLOGIQUES FONDAMENTAUX DE LA RÉALITÉ JURIDIQUE CONSIDÉRÉE DANS LA VIE SOCIALE : EXTÉRIORITÉ - STABILITÉ - CONTRAINTE FORMALISME

CHAPITRE PREMIER

LE DROIT COMME EXTÉRIORITÉ

Nous étudierons d'abord la nature du droit considéré comme l'aspect extérieur de la vie sociale. Sous ce qualificatif un peu vague (mais c'est volontairement que nous le choisissons en raison de la complexité et de la variété de cet aspect du droit) on peut grouper un ensemble de caractères ayant chacun une note propre mais ayant entre eux des rapports si étroits qu'il n'est pas possible d'en traiter séparément.

De tous les aspects du droit, celui-ci est peut-être un des moins étudiés ; du moins, il en était ainsi jusqu'à ces dernières années. Mais des études récentes ont vraiment, peut-on dire, renouvelé la question, permettant de passer de constatations empiriques et assez floues à

des explications plus profondes qui ont rattaché cet aspect du droit aux problèmes les plus fondamentaux de la vie sociale. Ces progrès sont dus principalement aux études de philosophie du droit de M. Gurvitch (166) et à des études plus générales, en particulier, l'*Introduction à la Philosophie de l'Histoire* de M. Aron et l'ouvrage de M. Madinier *Conscience et Amour*. On a commencé aussi à appliquer ces idées à des domaines particuliers (167).

Nous prendrons d'abord le problème d'un point de vue assez immédiat, empirique et général. Ensuite, seulement, nous entrerons dans des analyses plus philosophiques et plus précises.

A une analyse immédiate, le droit apparaît comme extérieur parce que sensible, objectif, tangible. Il s'oppose aux aspects plus intérieurs de la vie sociale : éléments psychologiques, affectifs, intentions. Nous sommes en présence d'un dualisme social très caractérisé. Toutefois, en en précisant dès maintenant un peu la nature, nous voudrions montrer qu'il ne s'agit pas d'une opposition de deux séries de termes qui seraient sans rapports, mais d'une tension entre termes qui se conditionnent mutuellement.

Le droit est donc d'abord la réalité sociale dans son expression sensible, dans ses manifestations objectives. Il n'atteint pas directement l'intime de la vie sociale mais doit se contenter de signes, d'indices extérieurs. Nous avons déjà signalé cette exigence en traitant des présomptions et des fictions. Or, ces signes ne manifestent qu'imparfaitement les réalités sociales, surtout celles qui sont principalement faites d'éléments affectifs et psychologiques. A lui seul, le droit ne peut donc fournir une image exacte de la vie sociale. Il faudra le com-

(166) Cf. *L'Expérience Juridique*.

(167) Ainsi l'étude de Jean Lacroix, *Patrie, Nation, Etat, Chronique Sociale de France*, janvier 1941.

pléter par des analyses sociologiques portant sur des aspects non juridiques de la vie sociale. Dans la mesure où il n'est qu'une expression imparfaite d'une réalité plus intérieure, le droit ne se suffit pas à lui-même. Contrairement à ce que voudraient certaines juristes, jaloux de l'autonomie de leur discipline, les réalités juridiques ont leur fondement profond dans des données extra-juridiques, sociologiques. Ce n'est qu'à la lumière de ces données extérieures que la réalité juridique sera vraiment comprise. Un système de réalités juridiques, si autonome qu'il paraisse, ne peut être traité comme une « chose en soi » ; il ne faut pas oublier qu'il n'est qu'une expression incomplète, appauvrissante, voire même déformante d'un ensemble social plus riche, plus intérieur où les éléments spirituels, psychologiques et affectifs ont le premier rang. Hauriou le notait à propos de l'Institution : « Les formes les plus hautes selon lesquelles l'idée directrice d'une institution tend à s'exprimer ne sont pas proprement juridiques ; elles sont morales ou intellectuelles » (167 bis). Aussi les réalités juridiques ne prendront-elles leur sens véritable que si elles sont « pénétrées d'esprit, de vie et d'intériorité » (168).

Il est intéressant de constater actuellement chez beaucoup de juristes une tendance à compléter ainsi le droit par l'introduction de considérations extra-juridiques, psychologiques et sociologiques. Pour le droit public, cette attitude d'esprit plus ouverte, se rencontre dans la *Revue d'Histoire politique et constitutionnelle*. On y sent un effort pour éclairer les études sur les constitutions par des analyses du sentiment national et des courants de l'opinion publique. En droit international, M. Alvarez dont on connaît la grande autorité, notait, récemment, qu'il y aurait lieu de constituer une « science du droit international » qui fasse une plus large place aux

(167 bis) Hauriou, *Aux Sources du Droit*, p. 49.

propos du rôle du droit dans la vie de l'Eglise ; elle vaut pour le Droit

(168) Lippert, *L'Eglise du Christ*, p. 163. La remarque est faite à propos du rôle du droit dans la vie de l'Eglise ; elle vaut du Droit en général.

éléments psychologiques, trop négligés d'ordinaire dans les études juridiques (169). D'une manière plus générale, comment comprendre une institution (groupes politiques, économiques ou culturels) si on se contente d'en étudier les statuts ? Comment ainsi en saisir l'esprit ?

On peut sans doute penser que ces considérations extra-juridiques ne relèvent pas de la science du droit ; mais alors, il ne faudrait pas que la science juridique se présente, ainsi que cela se produit souvent, comme épuisant la connaissance des domaines de la vie sociale dont elle traite. Le droit international n'est qu'un aspect de la science de la vie internationale ; le droit public n'offre qu'un point de vue sur la vie politique d'une nation. Aussi, souhaiterait-on que les disciplines juridiques soient marquées d'un sens plus exact de leurs insuffisances et d'un souci plus vif de s'achever dans des disciplines sociales plus larges faisant une plus grande place aux éléments intérieurs de la vie sociale.

Tout en marquant l'insuffisance, l'imperfection du droit comme expression de la vie sociale, il ne faudrait pas cependant lui dénier toute valeur significative. L'indice extérieur n'est pas sans lien avec la réalité intérieure. « Il y a entre l'indice extérieur et la réalité des choses un lien causal » (170). Les psychologies plus récentes (171) ne nous portent-elles pas à accorder une grande valeur et une grande exactitude aux expressions sensibles et extérieures de la vie psychologique ? Ceci vaut, en particulier, dans le domaine des représentations collectives. Ainsi, un juge cherchant à établir une responsabilité réunira le plus possible d'indices matériels rendant vraisemblable le fait psychologique de la faute : paroles, gestes, attitudes, éléments qui sont révélateurs d'un état d'âme (172).

(169) *Le Droit international américain*, 1938.

(170) Miceli, *Filosofia del Diritto*, t. I, p. 180.

(171) Cf. les travaux d'un M. Jousse, d'un Guillaume.

(172) Rouast, *loc. cit.*, p. 176.

Après ces vues générales, il paraît nécessaire de présenter quelques observations sur deux aspects plus particuliers de ce caractère d'extériorité du droit : le droit considéré comme ne tenant pas compte des intentions ; le droit considéré comme aspect de la vie sociale, directement orienté vers la réalisation de l'ordre social extérieur.

Tout d'abord, le droit s'opposerait aux réalités sociales principalement intérieures et morales parce qu'il ne tiendrait pas compte des intentions. Certes, le droit, doit souvent se contenter des apparences extérieures dans l'impossibilité où il est d'atteindre les intentions et les mobiles véritables des actes qu'il doit qualifier et juger. Ce que nous venons de dire précédemment fait aisément comprendre cet état de choses. Les expressions objectives et sensibles ne permettent pas toujours de saisir les dispositions psychologiques intimes. Faut-il, pour autant, conclure de là que le droit se désintéresse des intentions ? Nullement. Ce qui est propre au droit et le distingue de la morale, ce n'est pas qu'il se désintéresse des intentions, mais c'est qu'il est dans une situation défavorable pour les atteindre. Le droit ne peut prendre position au centre des consciences ; il ne peut considérer les actes que de l'extérieur. Dans ses investigations, il est toujours obligé de se fonder sur des éléments extérieurs et sensibles. Aussi les actes qui n'ont aucune expression extérieure lui échappent-ils complètement. « L'intention n'étant jamais atteinte que par un commencement au moins de manifestation extérieure, l'inviolabilité du for interne demeure toujours respectée » (173). Mais, à part cette exception, dont nous ne nions pas, d'ailleurs l'importance, le droit prétend atteindre, de la façon la plus exacte possible, les mobiles véritables des actes. « Le juridisme ne consent pas à séparer les actes extérieurs des volontés qui les expliquent » (174).

(173) Le Fur, *Les Grands Problèmes du Droit*, p. 162.

(174) Dabin, *Philosophie de l'ordre juridique positif*, p. 201.

Le droit se préoccupe des actes internes, il ne renonce jamais à considérer les actes dans leur « intégrité ». La considération des actes intérieurs, qui n'a jamais fait défaut, s'impose d'autant plus que le droit progresse davantage. C'est une loi fondamentale de l'évolution du droit que cet effort constant d'« intériorisation ». Dans les temps primitifs, on ne regarde que sommairement aux « motifs » ; mais, au fur et à mesure que la conscience juridique se développe, on leur donne une importance plus grande.

La considération de l'intention a toujours paru nécessaire en droit pénal ; nous pouvons en suivre le développement dans la théorie de la responsabilité délictuelle (175). La considération de l'intention joue aussi un rôle important dans la théorie générale des contrats. On sait que dans leur interprétation « on doit rechercher la commune intention des parties plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes » (176). On connaît l'importance de l'abus de droit, du dol, de la bonne foi, de l'*animus possidendi* dans la théorie de la possession, notions qui se basent essentiellement sur des éléments intentionnels.

Autre aspect particulier de l'extériorité du droit : le droit considéré comme limité à la réalisation de l'ordre social extérieur. On l'oppose ainsi à la morale qui aurait pour objet la réalisation de l'ordre individuel. C'est la position de René Capitant (177). Nous ne pouvons discuter en détail cette théorie. Notons simplement que la critique essentielle qui peut lui être adressée, c'est qu'elle amène à exclure les valeurs morales de l'ordre social pour les réserver à l'ordre individuel. Ainsi les aspects extérieurs de la vie sociale sont complètement séparés de ses aspects intérieurs. Conception qui s'oppose radi-

(175) Cf. Guibal, *L'Influence de la philosophie sur le développement du Droit Romain*, pp. 180-192.

(176) *Code civil français*, art. 1156.

(177) *Introduction à l'étude de l'illicite*, Pedone, 1928, p. 175 sq.

calement à cette tendance à l'intériorisation que nous venons de reconnaître comme une caractéristique fondamentale de l'évolution juridique. Nous avons vu que le droit tend à assumer de manière toujours plus complète l'ordre moral de la vie individuelle, à le respecter, à lui assurer les meilleures conditions de réalisation. Et, du point de vue individuel même, combien pauvre apparaîtrait une vie morale qui n'intégrerait pas l'aspect social extérieur de nos actes. D'autres théories ne nient pas que le domaine de la vie sociale puisse être atteint par la morale, mais elles opposent cependant le droit, règle de vie sociale orientée au bien commun, à la règle de vie sociale concernant simplement des rapports inter-individuels. C'est la conception de l'Abbé Leclercq (178). Une telle distinction dans les règles de vie sociale paraît assez artificielle. Et, cette distinction existerait-elle, qu'il serait assez arbitraire d'interdire au droit une catégorie de rapports sociaux ; on ne tiendrait pas compte des faits qui nous montrent que le droit règle beaucoup de rapports ne touchant pas directement au bien commun. Ainsi à certains points de vue du moins, dans la matière des contrats ou de la propriété. On ne peut ramener toute la vie sociale à des faits directement orientés au bien commun et, pas davantage, limiter le juridique à cette catégorie particulière de faits.

Cet examen un peu rapide et plus descriptif qu'explicatif de l'aspect extérieur du droit nous permet cependant de conclure que le droit a nettement un caractère assez extérieur et que, par là, il se présente de façon assez autonome par rapport à l'ensemble des faits sociaux, mais qu'il n'en conserve pas moins une aptitude à atteindre la totalité de la vie sociale. Cet aspect extérieur du droit est, en effet, en relations étroites avec les aspects plus intimes de la vie sociale et nous avons constaté que le droit tendait toujours à corriger autant qu'il le pouvait, sans y réussir cependant jamais com-

(178) Cf. *Traité de Droit Naturel*, t. I, Namur, 1934, p. 50.

plètement, ce que pouvait avoir d'incomplet, de partiel la manière dont il atteint la vie sociale.

Nous voudrions essayer maintenant d'analyser et d'expliquer de façon plus précise ce dualisme du droit extérieur, objectif, sensible, s'opposant aux aspects intérieurs et intimes de la vie sociale.

LE DROIT MÉDIATION ENTRE LE SPIRITUEL ET LE SENSIBLE

Tout d'abord, si le droit nous apparaît comme expression d'éléments intérieurs, donc toujours chargé de valeurs morales et affectives, et cependant foncièrement inapte à en donner une expression fidèle et complète, n'est-ce pas parce que lui est dévolue une fonction bien définie de médiation entre l'idéal moral et les réalités temporelles. Ces deux termes extrêmes en effet s'opposent. L'idéal n'est pas sensible ; la vie sociale, au contraire, est d'abord faite de rapports tangibles. Il faut assurer la jonction entre les deux termes et c'est alors qu'intervient le droit. L'animation, la vivification de la vie sociale par le spirituel, par l'idée, sera assurée par le droit, « logicisation de l'idéal moral » (179). Ainsi M. Gurvitch peut-il caractériser l'expérience juridique comme « l'interpénétration de l'expérience du spirituel et de l'expérience du sensible » (180). C'est ce qu'a encore très bien noté Jean Lacroix : « Entre les valeurs purement spirituelles d'une part, et les forces politiques, économiques et sociales d'autre part, le droit, écrit-il, est l'intermédiaire nécessaire. Ni purement idéaliste, ni purement réaliste, le juriste est celui qui s'efforce d'appliquer les règles morales aux faits sociaux. La morale ne peut s'appliquer directement aux forces sociales ; elle a be-

(179) Gurvitch, *L'Expérience juridique*, p. 142.

(180) *Ibid.*, p. 142.

soin de la médiation du droit » (181). Le droit n'atténue pas les exigences de la morale, mais il en assure la réalisation sociale. Sans lui l'idéal moral risquerait de n'avoir pas de prise sur la société. Le droit n'est cependant pas l'unique voie par laquelle les données affectives, les valeurs, peuvent pénétrer la vie sociale. Bien souvent, les idées, les idéaux atteignent la vie sociale et la transforment sans l'intermédiaire du droit. Mais le droit est cependant la voie la plus efficace de cette pénétration.

SOCIAL OBJECTIF ET SOCIAL OBJECTIVÉ

Mais il est un aspect plus précis et fort important du droit considéré comme expression du donné social intérieur ; aspect qui manifeste de façon plus nette la différenciation et l'autonomie du juridique par rapport au social. C'est ce caractère qu'a l'expression juridique d'être, au sens rigoureux des termes, objective, tangible, observable, mesurable et par là même aisément transmissible. Le droit, ce sont ces institutions qui, en quelque sorte, libérées des éléments assez insaisissables que sont les idées et les tendances affectives, ne sont plus qu'un système de gestes, de rites parfaitement déterminés, ou qu'un texte dont les termes ne peuvent plus être modifiés. Il y a donc, d'un côté l'idée, la représentation collective assez indéterminée, difficile à exprimer, et de l'autre, l'institution parfaitement déterminée et transmissible. L'idée c'est le *social objectif* ; l'institution, c'est le *social objectivé* (182). Cette dualité sociale bien mise en évidence par M. Aron avait déjà été indiquée par M. Seignobos qui opposait les institutions proprement dites, celles que nous qualifions de social objectivé « aspects très déterminés de la vie sociale, aux coutumes,

(181) *Éléments constitutifs de la notion de civilisation*, Semaine Sociale, 1937, p. 105 ; cf. aussi Madinier, *Conscience et Amour*, Alcan, 1938.

(182) Nous adoptons la terminologie de M. Aron, dans son *Introduction à la Philosophie de l'Histoire*, p. 75.

opinions, tendances, façons de penser et d'agir, phénomènes qui eux sont mal déterminés par nature » (183). Ainsi constitué, le social objectif, bien qu'expression de l'idée, est non seulement un aspect différencié de la vie sociale, mais tend à vivre d'une vie autonome, à remplir des fonctions pour lesquelles, originairement, il n'avait pas été fait, à se détacher de l'idée sociale qui lui a donné naissance. Nous saisissons là une des raisons les plus profondes de cette autonomie du droit déjà observée à plusieurs reprises et sur laquelle nous aurons encore à revenir.

Dans la mesure très large où il se présente comme du *social objectif*, le droit n'est qu'un aspect particulier de la vie sociale. Autonome, il tend à laisser de côté l'idée sociale. Mais cette tendance, bien que prédominante, est cependant atténuée par une tendance opposée : le droit cherche toujours à exprimer le plus complètement et le plus fidèlement possible l'idée et, par là, à atteindre tout le social.

Le *social objectif* ne peut en effet se suffire à lui-même. Tôt ou tard se produit un « inévitable retour au psychologique » (184). A travers le social objectif va transparaître le social affectif et psychologique, aspect plus fondamental de la vie sociale. Par là s'explique que le droit soit un aspect particulier du social en même temps qu'il manifeste cependant tout le social.

Si donc on se contente d'étudier les institutions en elles-mêmes sans se soucier de rechercher les idées sociales qui leur ont donné naissance, on n'atteindra qu'un aspect secondaire de la vie sociale. D'une telle étude des institutions, M. Seignobos pouvait justement dire qu'elle « n'a pas donné les satisfactions que l'on en attendait » (184 bis). On aura raison de lui préférer, comme étant de plus grande portée, l'étude directe des idées sociales, mais, en pratique, quant aux conditions d'investigation

(183) *Etudes de Politique et d'Histoire*, p. 43.

(184) Aron, *op. cit.*, p. 118.

(184 bis) *Op. cit.*, p. 45.

du passé, le social objectivé, les institutions, seront souvent le seul moyen d'atteindre les idées sociales. De ce point de vue, l'étude des institutions juridiques peut présenter une grande importance, l'institution étant souvent la seule voie d'accès à la connaissance du passé d'une civilisation. Certes, l'interprétation sera parfois subjective ; mais, à cet égard, M. Aron est peut-être un peu trop pessimiste (185). Nous pensons que cette méthode peut, le plus souvent, donner des résultats très solides. Les romanistes, en particulier, ont su dégager de données institutionnelles, apparemment très techniques, des idées sociales fondamentales. Ainsi des études sur les caractères de l'abandon noxal, type d'institution objectivée, ont permis de saisir la mesure dans laquelle se combinait à Rome la responsabilité collective et la responsabilité individuelle (186).

De même, il a été possible, à partir de textes juridiques, de retracer l'histoire de la notion de possession à Rome. On a montré que, dans le droit de Justinien, du moment que subsistait « *l'animus possidendi* », la perte de la « *possessio corpore* » n'entraînait plus, comme dans l'Ancien Droit, la perte de la possession (187). Ainsi, à partir d'une institution juridique objectivée, d'apparence assez technique, a pu être atteinte une manifestation de ce fait social d'« intériorisation » progressive du droit dont nous avons déjà eu l'occasion de signaler l'importance.

Ne peut-on penser aussi que, lorsque l'on voudra faire cette histoire de l'idée de personne, qui devrait constituer la pièce maîtresse de toute l'histoire sociale et qui, malheureusement, est encore loin d'être écrite, ce sera d'abord, du moins pour la civilisation romaine, à des

(185) *Op. cit.*, p. 118.

(186) Cf. de Visscher, *Nature juridique de l'Abandon noxal*, RHDF, 1930, p. 465. M. de Visscher montre que l'abandon noxal se présente comme une rupture de la responsabilité collective en vue de faire apparaître la responsabilité individuelle.

(187) Cf. Albertario, *La perte de possession dans le Droit de Justinien*, RHDF, 1931.

institutions objectivées, à des textes juridiques qu'il faudra recourir. Si l'on voulait se passer de ces documents, on resterait dans des généralités vagues et sans portée.

IDÉE SOCIALE ET STRUCTURE SOCIALE

L'étude particulière de la dualité de l'*objectif* et de l'*objectivé* nous amène, toujours dans la perspective de l'aspect d'extériorité du droit, à une dualité plus générale, celle de l'idée sociale et de la structure sociale objective. Relativement à l'idée sociale, il semble que l'on puisse distribuer les structures sociales objectives en trois groupes : celles qui portent directement des idées sociales, celles qui sont moyen de réalisation des idées sociales, enfin celles dont la détermination est indifférente à la conscience sociale, mais qui doivent recevoir, cependant, une détermination pour des raisons d'ordre et de sécurité. On comprend aisément que le caractère et la portée sociale du juridique dépende étroitement de l'analyse qui fixera lequel de ces trois caractères lui appartient. En fait, nous montrerons que le droit peut avoir chacun de ces trois caractères, quoique cependant il se présente, le plus souvent, comme l'aspect du social le moins chargé d'idées.

Structure dépendant directement de l'idée sociale : ce sont tout d'abord, les règles normatives par opposition aux règles constructives. C'est, par exemple, la règle juridique qui établit le principe de la nécessité de réparer le dommage causé volontairement. On trouverait ainsi dans le droit un grand nombre de règles qui appartiennent à la matière sociale la plus centrale, la plus profonde. Viennent ensuite les règles qui ne concernent pas directement l'idée sociale mais en assurent la réalisation ; ce sont les règles constructives : règles de procédure, règles qui fixent l'inscription des hypothèques, organisent le système des preuves ; il serait facile de citer des exemples. Ici, le contenu du juridique n'est plus aussi intensément social que dans le premier cas. Aussi

pourra-t-on être tenté de ne voir là qu'une matière sociale secondaire ; un sociologue soucieux seulement de dégager les faits essentiels de la vie sociale pensera pouvoir la négliger. Certes, cette matière est moins importante que celle des règles normatives. Le juridique s'y distingue plus nettement du social. Mais elle constitue cependant un élément fondamental de la vie sociale. « Les règles de droit constructives ne sont établies que pour assurer le respect et l'application des règles de droit normatives. Elles organisent des mesures, elles prennent des dispositions, elles fixent des compétences, et, pour tout dire d'un mot, elles créent des voies de droit devant assurer l'application et la sanction des normes juridiques ; la norme juridique prise en elle-même et indépendamment des moyens de la mettre en œuvre est une vue de l'esprit plutôt qu'une réalité concrète ; la règle normative pour se réaliser devra être complétée par des règles constructives qui lui feront cortège créant une organisation tantôt tout à fait rudimentaire, tantôt très développée et savante » (188).

Ne pourrait-on dire que nous sommes ici en face de la dualité de la « mystique » et de « l'organisation » (le terme, mystique, mieux que celui d'idée, mettant en évidence les aspects affectifs de la conscience sociale). Sans doute, ce qui constitue essentiellement une société, c'est sa « mystique », l'organisation n'intervenant que secondairement ; mais, sans l'organisation, la mystique ne peut se réaliser, elle est vite étouffée par mille obstacles pratiques. « Si le droit n'est pas intervenu avec sa souplesse pratique, ses nuances délicates, il n'y a dans tout principe de réforme sociale, qu'une formule vaine, rien encore qui puisse se donner pour une réalisation possible » (189). Le droit en tant qu'organisation a donc plus de portée sociale qu'il n'apparaît à première vue.

(188) Duguit, *Traité de Droit constitutionnel*, 2^e éd., t. I, pp. 37 et 134.

(189) Saleilles, *Droit civil et Droit comparé*, *Revue Internationale de l'Enseignement*, 1911, t. LXI, p. 7.

Mais, l'organisation, au lieu d'être au service de la mystique, peut chercher à vivre pour elle-même ; le droit se présente alors comme du spirituel affaibli et peut même devenir un obstacle au spirituel.

Enfin, il est des structures sociales qui n'ont plus aucune relation à l'idée sociale. Elles sont de pures déterminations arbitraires, nécessaires pour des raisons d'ordre, mais qu'on ne peut rattacher à aucune idée. Nous avons rencontré cette indétermination dès notre chapitre liminaire. Nous constatons déjà un dualisme dans la vie sociale, du fait que certains éléments sociaux étaient déterminés par des idées, des mystiques, tandis que d'autres étaient indifférents à la conscience sociale, ou, du moins, ne pouvaient recevoir d'elle une détermination. Nous avons ensuite réduit sensiblement l'étendue de cette indétermination. Réagissant contre des idées assez couramment admises, nous avons montré, en étudiant l'élaboration juridique, que cette indétermination n'était, pour une bonne part, qu'apparente ; qu'en réalité, pour user du langage mathématique, on pouvait « lever » un grand nombre d'indéterminations, par prise de conscience et analyse scientifique du donné social.

Mais certaines indéterminations sont demeurées « irréductibles ». Celles-ci constituent un aspect de la vie sociale dont on ne traite qu'incidemment et qui ne semble pas avoir été suffisamment considéré pour lui-même. Il y a là cependant un fait social de grande importance. Comme nous l'avons déjà signalé, il est, en quelque sorte, de l'essence de la vie sociale, d'être dans une certaine mesure indéterminée et de le demeurer, même après avoir fait l'objet d'une étude scientifique. Il serait intéressant de relever dans l'histoire des sociétés de telles indéterminations. Malheureusement ici encore, nous manquons d'études historiques précises. Toutefois, récemment, M. Grandclaude, dans ses études sur les lois fondamentales de la monarchie française, a mis en évidence un remarquable moment d'indétermination dans

notre histoire constitutionnelle, lorsqu'en 1316 la conscience populaire hésita sur la question de savoir si les femmes pouvaient succéder à la couronne. Les juristes eux-mêmes ne trouvaient aucun argument décisif pour trancher dans un sens plutôt que dans un autre (190).

Ce seul exemple montre bien que les indéterminations ne portent pas que sur des matières secondaires de la vie sociale.

Il est souvent assez difficile de déterminer quelles furent exactement, dans le passé, les véritables indéterminations juridiques. Les juristes sont, en effet, assez portés à fausser les interprétations, et ceci en deux sens opposés. Ou bien, soucieux de manifester leur science, ils inventent des théories pour justifier des déterminations qui ne sont, en réalité, que des choix arbitraires. Ou bien, cherchant à montrer que le droit est une création de leur volonté, ils font passer pour des déterminations provenant de leur bon plaisir, des déterminations qui sont fournies, en fait, par la vie sociale spontanée ou par un traitement scientifique du donné spontané. Aussi, en matière d'histoire du droit, il y aura souvent, dans le classement des réalités juridiques, du point de vue du « degré d'idée » qu'elles contiennent, bien des rectifications à apporter. Et même, si l'on se tient en garde contre les tendances que nous critiquons, il faudra toujours prendre soin de ne pas conclure trop vite de l'apparence assez technique d'une structure sociale à une absence complète de liaison avec des idées sociales. Bien des structures, très particulières et secondaires en apparence, sont, en réalité, une détermination nécessaire d'idées sociales importantes. Ainsi les règles de la charge de la preuve dans les questions de responsabilité.

Quoi qu'il en soit des conditions subjectives de caractérisation des réalités juridiques quant au « degré d'idée

(190) Nous reprendrons cet exemple plus loin à un autre point de vue.

sociale » qu'elles contiennent, il y a lieu de reconnaître que le juridique n'apparaît pas exclusivement réservé à la catégorie des réalités sociales indéterminées. Le limiter ainsi, serait s'enfermer dans une vue unilatérale. Ici encore nous devons adopter une conception pluraliste. Le droit est principalement la matière sociale indéterminée, indifférente à la conscience sociale, mais il est aussi, et dans une assez large mesure, relié aux idées sociales ; souvent même le droit est porteur d'idées sociales, centrales, fondamentales. Aussi, dans cette perspective, ne peut-on établir de coupure nette entre le juridique et le social.

LE DROIT ASPECT LOGIQUE ET « UNIVERSEL » DE LA VIE SOCIALE

D'après ce que nous avons vu précédemment, rien ne s'opposerait, en théorie, à ce que tout le social reçoive une expression juridique. Sans doute, cette manifestation du juridique se faisant d'une manière particulière, la réalité juridique est marquée extérieurement de notes d'objectivité qui la distinguent de la matière sociale qui n'a pas reçu de traitement juridique. Mais, jusqu'ici, nous n'avons pas indiqué que c'était un aspect particulier de la matière sociale qui devenait ainsi du droit. En somme, tout le social pourrait accéder au juridique. Et ceci est vrai dans une très large mesure. Cependant, en raison du caractère particulier de l'expression juridique du social, on rencontre plutôt dans le droit les matières sociales dont l'expression juridique est la plus satisfaisante, la moins déformée, la moins appauvrie. Et c'est ainsi que nous sommes amenés à reconnaître, passant du point de vue de l'expression à celui de la matière sociale, qu'il est de la nature du juridique de contenir certaines matières sociales de préférence à d'autres.

Comme le droit tend à uniformiser, à retenir les aspects universels, de préférence aux aspects concrets,

il retiendra dans les rapports sociaux les aspects *individuels* plutôt que les aspects *personnels*. Il sera porté à ne pas tenir compte de l'originalité irréductible de chaque personne humaine. Dans la perspective juridique, il ne s'agit plus que des choses ou des œuvres « décolorées » de leur personnalité. La morale vivante et personnelle devient une « justice froide et impersonnelle » (191). « Le droit constitue un espace neutre où s'effectue entre les hommes les premiers contacts encore impersonnels » (192). « Il est un cadre de rectitude et de sécurité où les intérêts divergents s'ajustent avant de se confondre au feu purifiant de la charité » (192 *bis*). Le droit concerne donc plutôt l'ordre interindividuel que l'ordre interpersonnel. Mais, comme nous l'avons déjà dit, il cherche toujours à atteindre la totalité de l'ordre social. On constate dans son évolution un constant effort pour prendre toujours davantage en considération les situations personnelles concrètes. En droit pénal, cette tendance s'est manifestée dans le mouvement en faveur de l'individualisation de la peine (il serait plus exact, pour éviter des confusions et conserver aux termes le sens que nous avons adopté ici, de parler, conformément à la terminologie actuelle, de mouvement de « personnalisation de la peine »). On sait aussi comment les concepts de bonne foi, de faute, permettent de tenir compte des situations personnelles concrètes. De même, en droit canon, la dispense ne joue-t-elle pas, à cet égard, un rôle essentiel ?

Cette opposition entre le singulier et l'universel, et la tendance du droit à retenir de préférence les aspects universels de la vie sociale est peut-être plus visible et plus importante encore dans l'ordre des groupes sociaux. On peut distinguer dans tout groupe social deux types

(191) Cf. G. de Lagarde, *l'Esprit Politique de la Réforme*, Picard, 1926, pp. 22-26.

(192) *Le rôle de la Loi et de l'Amour dans la vie morale*, Vie Intellectuelle, t. LX, 1937, p. 420 sq.

(192 *bis*) R. P. Lucien-Brun, *La Conscience et la Loi*, Mappus, Le Puy, 1941, p. 35.

de caractères : les uns communs à toutes les sociétés de même nature, aspects généraux de l'organisation politique des nations, par exemple, et les autres, possédés en propre par une société déterminée, ainsi pour les sociétés politiques, les faits culturels, le sentiment national. Le droit retient surtout les premiers, car il les atteint plus facilement par ses méthodes logiques et sa tendance à l'uniformisation. Le droit porterait donc sur l'aspect universalisable de la vie sociale ; par là, son domaine apparaît restreint. Pour constituer une science sociale exhaustive, il faudrait ajouter à l'étude du droit une étude des faits culturels. C'est précisément cette étude des faits culturels qui, pour certains, serait l'objet de la sociologie. En effet, bien que dans la conception de Durckheim la sociologie puisse être considérée comme le système général des sciences sociales (193), en fait, dans l'Ecole sociologique française et dans la plupart des conceptions courantes, la sociologie est considérée au sens plus restreint que nous venons d'indiquer. C'est cette conception qu'adopte explicitement, dans un ouvrage récent, M. le Cœur, directeur d'études d'ethnographie à l'Ecole des Hautes Etudes Marocaines (194). Elle est acceptable, mais on regrette que le même terme recouvre dans le vocabulaire courant, à la fois une notion large et une notion étroite de la science sociale. Il y a là une source grave d'équivoques. Quoi qu'il en soit, nous rappelons que, quant à nous, nous qualifions de sociologie, la science sociale prise au sens le plus large.

Cette distinction entre ces deux catégories de faits sociaux paraît pouvoir éclairer la structure réelle profonde de la vie sociale, attirant l'attention sur un aspect du dualisme du juridique et du social que l'on a souvent négligé.

(193) *Les Sciences Sociales, Revue Philosophique*, 1903, 1^{er} sem., p. 480 sq.

(194) *Le Rite et l'Outil*, Alcan, 1939, *Introduction*.

Ce dualisme se manifeste dans l'ordre des sociétés politiques par l'opposition de l'Etat et de la Nation. Les éléments affectifs dynamiques originaux de la vie d'une société politique se trouvent dans la Nation. L'Etat au contraire est de l'ordre de la représentation, de l'organisation, de la logique, de l'universel (195).

Même dualisme dans l'ordre international. Au domaine que peut atteindre le juridique et où peuvent intervenir des règlements judiciaires ou arbitraux de conflits, s'oppose le domaine réservé à la compétence exclusive des Etats parce que la Nation y est engagée dans ce qu'elle a de plus original et de plus profond.

Aussi, le juridique ainsi cantonné dans un secteur particulier du social ne paraît pas appelé à envahir toute la vie sociale. En face du droit, subsistera toujours le politique et l'ensemble des réalités plus personnelles et plus intimes de la vie nationale et internationale. C'est pourquoi il ne paraît pas exact de dire que « quand le droit est né il prime le politique et le fait disparaître » (196). Certes, le droit doit chercher à pénétrer toujours davantage la vie sociale, mais il ne suffit pas à tout et il est des problèmes qu'il ne permettra pas de régler, des domaines où il ne peut être d'aucun secours.

Ayant ainsi montré que le droit est principalement l'aspect universalisable et logique de la vie sociale, nous comprenons mieux maintenant l'efficacité, dans l'élaboration du droit, des procédés logiques dont nous parlions dans la première partie de ce travail. En étudiant une institution il faut savoir comprendre que, dans la mesure où elle porte en elle des éléments universalisables, elle est assez indépendante des circonstances historiques concrètes qui lui ont donné naissance. Il faut savoir détacher certains aspects du droit du contexte cul-

(195) Cf. Fessard, *Pax Nostra*, p. 422 sp. ; Lacroix, *Patrie, Nation, Etat, Chronique Sociale de France*, janvier 1941.

(196) Mankiewicz, *La Philosophie du Droit de Carl Schmitt, Vie Intellectuelle*, 1937, t. LX, p. 59.

turel dans lequel ils se sont formés. Beaucoup d'auteurs, trop exclusivement retenus par les aspects culturels originaux, d'une société, ne veulent pas admettre ces indépendances ; pour eux, toutes les institutions juridiques seraient culturelles, propres à la société qu'ils considèrent. Ainsi, M. Mirkine Guetzevitch voit dans les aspects logiques et universalisables du droit des abstractions sans portée. « La théorie pure du droit, écrit-il, s'occupe du contenu abstrait des règles juridiques. C'est là une théorie algébrique. Elle résulte d'une conception scientifique élégante, mais elle ne peut nous donner l'explication de la réalité. La science juridique doit être historique, elle doit tenir compte des changements du droit et de la conscience juridique des peuples » (197). Nous ne nions pas, en raison de la tendance du droit, notée plus haut, à atteindre toute la vie sociale en dépit de sa « localisation », la nécessité pour comprendre les faits juridiques, de faire intervenir l'histoire et les données de la conscience juridique des peuples ; mais cette considération est secondaire ; le droit est d'abord et principalement la vie sociale dans ce qu'elle a de plus logique et de plus universalisable, et, comme tel, dans une large mesure, est assez indépendant des circonstances historiques qui lui ont donné naissance.

Nous admettons, évidemment, encore moins, la position plus radicale de l'Ecole Historique de Savigny et, plus près de nous d'un W. Sauer (198), selon laquelle le droit représenterait le dynamisme de la vie sociale dans ce qu'il a de plus personnel et de plus profond.

Beaucoup plus justement M. del Vecchio a noté qu'« une logique interne confère aux institutions juridiques une vie autonome et les rend capables d'applications qui débordent le milieu social et les besoins pour lesquels elles ont été créées. Le droit n'a pas un carac-

(197) *Propos de méthode, Revue d'Histoire Politique et Constitutionnelle*, 1937, p. 182.

(198) *AIIPD*, t. II, 1936, p. 32.

tère exclusivement indigène et national, mais il est communicable » (199).

C'est dans ces perspectives qu'il faut se placer pour comprendre la possibilité du droit comparé et des emprunts de droit d'une société à une autre. D'ailleurs, l'étude de ces problèmes est la manière la plus féconde de mettre en évidence de façon concrète et précise le caractère universalisable et logique du droit. Faire du droit comparé, c'est en effet éliminer les conditions historiques particulières d'une société pour chercher à mettre en évidence des « types » juridiques communs à différentes sociétés, relevant de la même civilisation (200). Or, procéder ainsi revient à reconnaître une certaine indépendance du droit vis-à-vis du contexte historique dans lequel il s'est formé.

De même, un emprunt de droit entre sociétés de cultures différentes, ainsi que l'on peut en constater si souvent, n'est possible que s'il existe, dans la société à laquelle est fait l'emprunt, à côté des éléments proprement culturels, d'ordinaire intransmissibles, des « types » juridiques universels. Certes, les éléments culturels peuvent faire l'objet d'emprunt et il n'est pas toujours facile de distinguer dans une donnée juridique reçue par une société, la part respective de l'élément culturel et de l'élément universel. Mais on peut présumer qu'il ne s'agit pas d'emprunts ayant un caractère culturel lorsqu'en pratiquant un emprunt, une société ne voit pas, pour autant, sa culture altérée. Ainsi en a-t-il été pour les emprunts de droit romain dans toute l'Europe occidentale au Moyen Age. Ces emprunts n'ont pas influé notablement sur les caractéristiques nationales propres des peuples. Il en a été de même pour les réceptions du code Napoléon en Europe au xix^e siècle, et,

(199) *Justice, Droit, Etat*, p. 184 sq. ; *Recueil en l'honneur d'E. Lambert*, Sirey, 1939, t. II, p. 191.

(200) E. Lambert, *Fonction du Droit civil comparé*.

plus récemment, pour la réception du code civil suisse par la Turquie.

D'ailleurs, les études de droit comparé ont montré que certains aspects du droit n'étaient pas transmissibles, précisément parce qu'ils n'étaient pas universalisables. « Il est des manières d'être de la société et surtout de la famille qui sont du domaine de l'intimité nationale et comme telles ne sont pas susceptibles de faire l'objet d'études de droit comparé. C'est dans les domaines les moins personnels, les plus techniques de la vie sociale tel que celui du commerce, que le droit comparé pourra être utilisé avec le plus de fruit » (201). On voit donc que, dans une certaine mesure, on peut parler de l'aspect national d'un droit. La théorie du droit n'est pas, comme le voudrait Kelsen, un anti-historicisme. On ne peut la réduire à un système logique absolument universel. Mais, à l'opposé, le droit ne peut être considéré comme principalement national. Toute réception de droit par une société ne porte pas atteinte à sa culture.

Ces analyses nous permettent, semble-t-il, de rattacher la dualité de l'extérieur et de l'intérieur dans la vie sociale à la dualité plus profonde, très étudiée ces dernières années, de la culture et de la civilisation (202). La culture, c'est ce qui est intime, intransmissible ; la civilisation, c'est tout ce qui est transmissible, universalisable. Le droit apparaît alors, non pas exclusivement, mais principalement sur le pôle de la civilisation. Sa portée, sa valeur sociale dépendront de la portée et de la valeur sociale que l'on attache aux faits de civilisation comparés aux faits de culture. Or on sait qu'en cette question on ne peut trancher de façon absolue : la civilisation l'emporte par son caractère universel et raisonnable. La culture par son caractère plus intime et plus personnel.

(201) E. Lambert, *L'Enseignement du Droit comme Science Sociale*, p. 57.

(202) Cf. *Semaine Sociale* de 1936, *Les Conflits de Civilisation*.

CHAPITRE II

LE DROIT COMME STABILITÉ

Deuxième note fondamentale du droit : la stabilité. Le droit est ce qui demeure ; c'est la permanence, la régularité dans la vie sociale. Aspect de la vie sociale qui s'oppose aux faits singuliers et inattendus, au changement et à l'évolution sociale.

Par là le droit se trouve appartenir à cette catégorie de faits sociaux que l'on qualifie d'institutions. Dans les chapitres suivantes, en étudiant la contrainte et le formalisme nous verrons comment le droit se distingue des autres institutions. Mais, pour le moment, considérant uniquement le droit comme une institution, nous allons essayer d'étudier le dualisme du droit et du social dans le cadre plus général du dualisme des institutions et des autres faits sociaux. Cette façon de procéder s'impose d'autant plus que beaucoup de difficultés de la théorie du droit sont dues à ce que la théorie des institutions n'a pas encore été assez élaborée : si l'on a exagéré la séparation du droit et des faits sociaux plus changeants, moins réguliers (événements politiques par exemple) cela provient de ce que la théorie des institutions était traitée indépendamment des autres faits sociaux. Si, certains, des historiens principalement, ont accordé peu d'importance au droit dans l'évolution sociale générale, c'est qu'ils considéraient les institutions comme secondaires, donnant la première place aux événements historiques. D'ailleurs, l'organisation des disciplines et des enseignements, confirme l'étroite liaison existant entre le droit

et les institutions. L'histoire des institutions est traitée, d'ordinaire, en même temps que l'histoire du droit. Notre Revue française d'Histoire du droit s'intitule : « *Revue d'Histoire du Droit et des Institutions* ». Et, en fait, elle ne traite pas seulement du droit, mais aussi de toutes sortes d'institutions qui sont parfois assez loin d'avoir le caractère juridique.

Or, la conception que l'on peut se faire du rôle des institutions dans la vie sociale et, par conséquent, dans la perspective où nous sommes ici placés, du rôle du droit dans la vie sociale est dominée par le problème des rapports entre histoire et sociologie.

Nous disons, rapports entre histoire et sociologie, obligés de suivre la terminologie courante qui, pour ce problème, qualifie de sociologie la science des institutions. Qualification restreinte que nous adoptons momentanément et qui mérite quelques observations car elle implique une manière particulière de concevoir la science sociale. Enoncer en ces termes le problème des rapports entre institutions et autres faits sociaux, c'est poser en principe que, parmi les faits sociaux, seules les institutions peuvent faire l'objet d'une étude scientifique, l'histoire, étude des événements, des accidents de la vie sociale, ne pouvant constituer véritablement une science. C'était bien là la pensée de Durckheim : « Par la considération des institutions, écrivait-il, l'histoire cesse d'être une science narrative pour s'ouvrir à l'analyse scientifique » (203). Cette doctrine de Durckheim, devenue, depuis, assez courante, amenait à une séparation assez radicale entre faits historiques et faits institutionnels. Séparation accrue par la position prise par les historiens qui affichaient un certain mépris pour les institutions (204). Certes, dans ces perspectives le droit devenait une branche importante de la sociologie, mais d'une

(203) *Les Sciences Sociales, Revue Philosophique*, 1903, 2^e sem., p. 486.

(204) Position très nette en ce sens de Seignobos, *op. cit.*, passim.

sociologie restreinte à une catégorie particulière de faits sociaux. Ces conceptions entraînaient, en fait, la séparation de l'étude du droit de celle des faits proprement historiques et restreignaient le droit à des points de vue étroits.

L'étude des rapports entre histoire et sociologie a été reprise sur des bases beaucoup plus larges et intéressantes, ces récentes années.

Tout d'abord, on a justement remarqué que l'on ne peut opposer histoire et sociologie comme l'on oppose stabilité et mouvement. Les institutions, elles aussi, ont une histoire. « Ce qui a manqué tant aux sociologues qui se sont passés de l'histoire, qu'aux historiens qui se sont passés de la sociologie, ce fut la juste conception de leurs deux sciences qui ne sont elles-mêmes ni autonomes, ni complètes, parce que l'une ne saurait sans l'autre, acquérir un caractère scientifique, chacune des deux n'étant qu'un aspect de la société humaine qui est l'unique réalité. La société humaine vue dans sa structure, c'est la sociologie, vue dans son processus, c'est l'histoire, et la sociologie est historique parce qu'il n'existe pas de structure sociale sans évolution historique, ni de processus historique sans structure sociale » (205).

Mais ne subsiste-t-il pas cependant une opposition entre les éléments réguliers et prévisibles de la vie sociale et les éléments accidentels, imprévisibles, historiques ? L'histoire ne présente-t-elle pas deux séries distinctes de changements : l'évolution des structures sociales institutionnelles d'une part, le déroulement des faits, accidents singuliers proprement historiques d'autre part ? De là résulterait une distinction, finalement assez profonde, entre les institutions, mêmes considérées dans leur évolution historique, et les autres faits sociaux plus mobiles et plus irréguliers. Cette position assez couramment admise en pratique, et qui conduit à traiter

(205) Sturzo, *L'Eglise et l'Etat*, Editions Sociales Internationales, 1937, Introduction.

les institutions trop à part de l'histoire, a été justement critiquée par M. Aron. « La distinction du social et de l'histoire, écrit-il, ne correspond pas à une différence essentielle » (206). Si l'on doit reconnaître la nécessité de maintenir une certaine distinction entre la régularité institutionnelle et la singularité historique, il faut cependant insister sur le fait, trop négligé, que les structures institutionnelles dépendent des singularités historiques et qu'inversement, les singularités historiques ne peuvent être vraiment comprises en dehors du cadre des régularités institutionnelles.

Nous avons tenu à exposer brièvement ces conceptions sur les rapports entre histoire et sociologie parce qu'elles commandent et éclairent le problème du droit considéré comme institution dans ses rapports avec les faits plus mobiles et plus changeants de la vie sociale. Dès maintenant, le droit nous apparaît comme dépendant de tout l'ensemble social et particulièrement de l'histoire et nous voyons comment pourra se poser le problème de l'autonomie du droit au sein de la vie sociale.

Nous étudierons, à la lumière des données générales que nous venons de dégager, les régularités juridiques dans leurs rapports avec la vie sociale, examinant successivement leur genèse, leurs aspects variés et très nuancés, leur fonction d'encadrement de la vie sociale, enfin leur évolution.

LA STABILITÉ, EXIGENCE PROFONDE DE LA VIE SOCIALE

L'existence de structures stables dans la vie sociale n'est pas un fait de hasard ou secondaire ; elle répond à une exigence profonde. Sans doute, par certains côtés, elle représente un aspect assez inférieur de la vie sociale. Ne peut-on pas voir dans les stabilités juridiques une renonciation au progrès et à la création de structures nouvelles, un affaiblissement du dynamisme d'une société.

(206) *Introduction à la Philosophie de l'Histoire*, p. 231.

Se plaçant à ce point de vue, mais, malheureusement aussi, s'y limitant, Paul Bureau disait : « Le fait social c'est la vie en marche ; le fait social se transforme en fait juridique à mesure qu'il est périmé » (207).

Mais les stabilités ont des fonctions plus positives. Tout d'abord, même considérées comme répétitions d'actes, de façons de faire qui se sont révélées efficaces, les stabilités sont sans doute inférieures à l'invention sociale, mais elles ont cependant une grande portée. Elles conservent les richesses sociales lentement accumulées par les générations : traditions qui atteignent au plus profond de l'âme d'une société ; techniques de toutes sortes qui rendent mécaniques certaines tâches, en enlèvent à l'homme le souci, le libérant pour des activités plus hautes et plus créatrices.

Les stabilités jouent aussi un rôle encore plus élevé : elles sont un indispensable élément d'équilibre, de régulation sociale sans lequel la vie sociale ne serait qu'un désordre anarchique. Pour que le progrès soit fécond, il faut qu'il soit freiné, coupé par des stabilisations : « La création du nouveau ne produit une durée que par l'intervention d'un système de ralentissement et, ainsi que l'évolution des forces vivantes est coupée par les paliers des espèces, celle des formes sociales l'est par ceux des institutions. Le mouvement de transformation est à la fois ralenti et uniformisé. Sans ce système modérateur l'arbre de la vie eut jailli avec la soudaineté des bouquets de feu d'artifice qui sont flambés en un moment » (208). Il n'y a donc pas opposition, mais tension féconde entre la stabilité et le mouvement. Ceci apparaît de façon particulièrement nette pour le contrat type caractéristique et fondamental de stabilité juridique dans l'ordre des relations entre les individus. Loi des parties, le contrat est le cadre de stabilité dans lequel pourra se développer la vie sociale. Il est le frein régulateur du mou-

(207) *Introduction à la méthode sociologique*, p. 87.

(208) Hauriou, *Aux Sources du Droit*, p. 80.

vement social dans la vie privée. Le réseau des liens contractuels pénètre, en quelque sorte, toute la vie sociale et en maintient la structure. « L'observation des engagements et le respect des contrats est non seulement la condition nécessaire et le soutien des affaires mais tend à devenir dans la vie sociale moderne l'élément régulateur, le frein nécessaire » (209).

Il n'y a donc pas opposition entre le dynamisme social et la stabilité sociale ; entre l'activité libre et créatrice de la personne et la fonction institutionnelle qui peut lui être imposée. Bien plus, ce n'est que dans le « terrain » institutionnel que pourra se développer, riche et féconde, la vie sociale. Dans ces perspectives, les institutions juridiques n'apparaissent plus comme un « poids mort », mais comme une indispensable condition du progrès social, sous la réserve, bien entendu, que les institutions sachent évoluer pour s'adapter aux besoins nouveaux, point sur lequel nous reviendrons (210).

LA CONTINUITÉ ENTRE LA STABILITÉ ET LE MOUVEMENT SOCIAL

Les observations qui précèdent font déjà pressentir qu'il ne sera pas toujours possible de distinguer dans la vie sociale, d'une part, les faits créateurs, d'autre part, les faits stabilisateurs. Pas plus que le caractère d'extériorité, le caractère de stabilité n'est possédé de façon parfaitement nette par une catégorie de faits sociaux qui pourraient ainsi être bien distingués des autres. A bien des points de vue (non pas à tous, car nous montrerons des aspects de différenciation assez nets des stabilités juridiques) on passe de façon continue des faits de stabilité aux faits de mouvement.

(209) Toulemon, *Crise économique et crise morale. Le mépris des contrats, Etudes*, t. CCXXVIII, p. 19.

(210) C'est principalement par ce point des rapports entre « dynamisme social » et « stabilité sociale » que notre travail se rattache aux recherches du R. P. Desqueyrat sur le rôle respectif de la personne et de la fonction dans la vie sociale. Cf. bibliographie des travaux du R. P. à la fin de notre ouvrage.

Un des aspects les plus intéressant de cette continuité nous est offert par les *directives*. Hauriou a montré que le pouvoir discrétionnaire de l'administrateur ne correspondait pas à une parfaite liberté d'action (211). De lui-même, l'administrateur tend à limiter son autonomie, à régler son activité sur certains principes, sur certaines idées directrices ; ce sont les *directives* (212). Dans cette activité de l'administrateur, il y a déjà une certaine stabilité mais pas encore cependant une stabilité aussi forte que celle qui se rencontre dans une institution. La directive, en effet, n'est ni rigide ni parfaitement déterminée. C'est plutôt une orientation générale très souple laissant une large possibilité de choix entre diverses voies. De plus, l'administrateur qui se lie ainsi, se réserve la possibilité de modifier, s'il y a lieu, l'orientation de son action. C'est à cette catégorie des directives qu'appartient toute la politique jurisprudentielle du Conseil d'Etat qui, agissant dans une matière où il avait de larges pouvoirs discrétionnaires, a, peu à peu, réglé, limité son activité, en dégageant les notions telles que celles d'excès de pouvoir, de recours parallèle, d'intérêt exigé pour agir. Nous sommes bien là dans une zone intermédiaire entre la pleine liberté et la stabilité proprement juridique. On trouverait aussi, aux différents échelons et dans les différents domaines de l'activité administrative, des pouvoirs qui sont stabilisés par des directives tout en comportant une très large initiative.

C'est encore à la catégorie des directives qu'appartient l'activité jurisprudentielle des tribunaux, surtout celle des tribunaux qui n'ont pas encore été liés en une matière déterminée par une décision de la Cour de Cassation et qui, d'eux-mêmes, orientent leurs solutions dans un sens assez précis.

Cette notion de directive permettra aussi de mieux

(211) *Aux Sources du Droit*, p. 147 sq.

(212) Nous n'insistons pas ici sur la distinction qu'établit Hauriou entre le standard et la directive ; elle nous semble d'ailleurs un peu subtile.

comprendre comment les cours de justice sous l'Ancien Régime étaient à la fois des organes judiciaires proprement dits et des organes administratifs très largement doués du pouvoir discrétionnaire. C'est qu'alors la stabilité judiciaire et la liberté d'action du pouvoir politique et administratif étaient beaucoup moins clairement distinguées. Il y avait continuité de l'une à l'autre catégorie de faits sociaux.

On ne peut donc faire de coupure dans la vie sociale entre activité libre et activité réglée. L'activité discrétionnaire porte toujours en elle-même une certaine tendance à la régulation et cette régulation, c'est principalement le juridique qui l'assure. L'activité réglée d'ailleurs n'est jamais non plus parfaitement rigide. Elle a toujours des aspects par où l'initiative, la création peuvent s'introduire. En droit public on a bien mis en évidence cette pénétration mutuelle des points de vue : « Le droit, écrit M. Dickinson, n'est peut-être rien de plus que la régularité dans l'action de l'autorité. Le problème principal de l'organisation gouvernementale est de trouver le moyen d'assurer la flexibilité de direction qu'un contrôle autorisé est capable de fournir, mais conservant cependant l'avantage de gouverner par des règles connues » (213).

Ainsi, on passe de manière continue du mouvement social à la stabilité juridique, selon un dégradé allant des directives très souples qui orientent l'activité discrétionnaire du gouvernant ou de l'administrateur, jusqu'aux rigides régularités des institutions qui règlent, par exemple, la propriété ou l'état des personnes.

GENÈSE DES STABILITÉS JURIDIQUES A PARTIR DU MOUVEMENT SOCIAL

Mais dans leur aspect le plus caractérisé de stabilité, de pratique qui se répète, par opposition aux continues

(213) AIHPD, t. II, 1936, p. 122.

innovations et créations du dynamisme social, les institutions juridiques dépendent encore étroitement de tous les aspects de mouvement de la vie sociale parce que, pour une très grande part, c'est de ce mouvement social même qu'elles sont issues. Elles n'ont pas, en général, une origine indépendante. Aussi ne seront-elles bien comprises que si on les rattache aux conditions politiques et sociales du milieu dans lequel elles ont pris naissance. Souvent, elles ont été créées pour répondre à des besoins précis d'un moment déterminé, que seule l'histoire politique économique et sociale peut nous faire connaître. Ce point a été bien noté pour les collections canoniques. « Leur trame, écrit M. Le Bras, est dans la trame même de l'histoire ; elles ont été formées en vue de fins précises » (214).

C'est aussi de données historiques, de circonstances politiques et sociales qu'est issue la règle de notre ancien droit constitutionnel excluant les femmes de la succession à la couronne. Nous avons déjà rencontré cet exemple à propos de l'indétermination sociale ; on sait que la question en litige était la succession de Louis X le Hutin. On ne savait si la couronne devait revenir à son frère Philippe le Long ou à Jeanne fille de Louis X. La question a été tranchée finalement en faveur de Philippe le Long, non par des principes juridiques, mais par des faits historiques dépendant de la situation politique du moment. Cette solution toute politique est ensuite devenue règle juridique. Au moment même, on a bien invoqué certaines raisons juridiques mais elles étaient sans valeur véritable, et, en fait, elles n'ont été d'aucun poids dans la décision prise. La seule raison juridique sérieuse, la loi salique, ne fut invoquée que plus tard, pour la première fois en 1358 semble-t-il.

Ce sont encore les circonstances politiques du moment et non des principes juridiques qui, au cours du xiv^e

(214) Cf. Le Bras, *La Vie et l'Œuvre de Paul Fournier*, RHDF 1936, p. 1 sq.

siècle, ont fixé la règle de l'exclusion des descendants par les femmes (215).

De même, le Code civil français pour être bien compris doit être rattaché à l'histoire politique sociale et religieuse de la Révolution et de l'Empire. Si on se limite à une étude purement juridique, un grand nombre de dispositions restent inintelligibles, le régime des donations ou des successions, par exemple.

De même encore, notre Constitution de 1875 demeure un mystère impénétrable si on ne connaît pas l'Assemblée qui l'a élaborée, les prétentions qui la divisaient, les passions qui l'agitaient (216).

Si l'on voulait entrer dans l'analyse détaillée des conditions dans lesquelles le droit se forme à partir du mouvement social on verrait que cette genèse présente bien des aspects différents. Notons-en simplement deux types opposés importants. Ce peut être la fixation d'une pratique à partir d'un précédent caractéristique (217), acte de volonté d'un gouvernement ou plus généralement événement historique bien déterminé. Ainsi dans notre coutume constitutionnelle de la III^e République, c'est de l'initiative de Clemenceau le 26 juin 1908 qu'était dérivée la pratique admettant que l'on pouvait poser la question de confiance devant le Sénat. La régularité juridique peut aussi provenir d'une lente accumulation et fixation de pratiques d'abord inaperçues, ainsi en est-il, par exemple, de beaucoup d'aspects du droit commercial (lettre de change, sociétés, etc...) (218).

Cette préoccupation de rattacher les institutions juri-

(215) Nous renvoyons, à nouveau, aux remarquables analyses de M. Grandclaude, dans son Cours de Doctorat à la Faculté de Droit de Paris, 1932-33 et années suivantes, Les Cours de Droit.

(216) Cf. les pages si vivantes de Daniel Halévy, dans *La République des Ducs*, Grassét, 1937 et l'article très suggestif de Marcel Prelot, *Pour le soixantenaire de notre Constitution*, Politique, 1935, p. 582 sq.

(217) « Au point de départ des régularités, on rencontre parfois des accidents », Aron, *Introduction à la Philosophie de l'Histoire*, p. 233.

(218) Cf. Rolland, *La Coutume Constitutionnelle*, Politique, août 1927.

diques au milieu duquel elles se sont formées, bien que s'étant récemment beaucoup développée, mérite peut-être d'attirer davantage encore l'attention des juristes. L'histoire du droit est encore trop séparée de l'histoire générale. En particulier, dans l'histoire du droit public, on ne tient pas suffisamment compte de l'histoire politique. On aimerait, par exemple, que dans les études sur les origines et le développement des institutions de la monarchie française d'Ancien Régime, le contexte d'histoire politique soit davantage pris en considération (219). De même, on souhaiterait qu'en droit international, l'étude des origines de la notion d'Etat, du droit de la guerre, du rôle et de la fonction des traités, soit davantage rattachée à l'histoire diplomatique et politique. Notons d'ailleurs que des efforts très intéressants ont déjà été faits en ce sens (220).

LA VIE SOCIALE « ENCADRÉE » PAR LES STABILITÉS JURIDIQUES

Très étroitement lié par ses origines à la vie sociale, le droit, considéré comme stabilité, a encore des rapports avec la vie sociale du fait qu'il tend à l'encadrer. Issu de la vie sociale, le droit, une fois constitué, tend à la dominer. D'effet il devient cause. Dans l'ensemble mouvant des choses sociales, les rigidités juridiques empêcheront certains mouvements ou du moins les canalisent. Réciprocité très heureusement notée par M. Brunschwig : « Les institutions sont le lit où passe le torrent des faits, écrit-il, elles l'ont creusé bien qu'elles le suivent ».

Comment se fait en réalité cet encadrement de la vie sociale par le droit ? De manières assez diverses que nous allons tenter de caractériser brièvement.

(219) C'est la méthode qu'a suivie M. Grandclaude avec tant de succès dans ses études sur la Monarchie française d'Ancien Régime.

(220) C'est de ce besoin de rapprocher histoire politique et histoire constitutionnelle qu'est née la Revue d'Histoire Politique et Constitutionnelle, fondée en 1937.

Des historiens, portés à restreindre le rôle des institutions, les ont présentées comme demeurant sous la dépendance, « à la merci » du mouvement social d'où elles sont issues ou des personnages qui les ont créées. Ce mouvement social, ces personnages qui les ont fait naître pourront aussi bien les supprimer : « Une institution n'est qu'un règlement, un ordre donné par un personnage officiel », dit Seignobos (221), laissant entendre que, ce personnage sera libre, s'il lui plaît, de modifier cette institution.

Cette conception paraît insuffisante. L'étude de la vie sociale nous révèle, en effet, que, bien vite, les institutions deviennent indépendantes, autonomes ; en sorte que ceux qui les ont créées, collectivités anonymes ou personnages officiels, ne sont pas libres de les modifier à leur gré. Les institutions qu'ils ont suscitées s'imposent maintenant à eux. Les forces de mouvement ne jouent plus librement, elles doivent compter avec les forces de stabilisation. Cette constatation est une des leçons essentielles de l'histoire. Dans cette perspective, on comprend le rôle important que pourront jouer, dans la vie sociale, les institutions juridiques. Elles seront véritablement des obstacles qui s'opposeront à certaines évolutions, qui contraindront les mouvements sociaux à adopter certaines orientations. Ainsi, l'histoire politique de notre Ancien Régime n'est bien comprise que si l'on tient compte de cet ensemble d'institutions juridiques que constituaient les principes fondamentaux de la monarchie. Des personnalités aussi fortes qu'un Richelieu ont dû les respecter. Les oppositions politiques les plus vives se sont maintenues dans leur cadres. Et il a fallu toute la puissance du mouvement révolutionnaire pour que soient ébranlées ces institutions fondamentales du pays, ce qui d'ailleurs ne s'est pas fait en un instant, les hommes de la Révolution étant, longtemps encore, restés attachés à l'idée monarchique.

(221) *Etudes de Politique et d'Histoire*, p. 49.

Le droit se présente ainsi comme encadrant la vie sociale. Il ne supprime pas les activités libres, les initiatives mais leur impose certaines limites, leur fixe une sphère d'action dans laquelle elles devront se contenir. Le pouvoir politique lui-même est encadré par le droit. « Un pouvoir qui peut prendre des décisions sans être lié par des lois générales fixes et stables est un pouvoir despotique » (222). Il est, toutefois, des domaines d'où semble exclu l'encadrement par le droit. Domaines en partie les mêmes que ceux que nous avons reconnu échapper au droit, considéré comme extériorité. Ce sont les domaines qui sont si intimes et si personnels qu'aucune entrave à l'activité, aux initiatives ne peut être admise. Ce sera par exemple, en droit public, le domaine des actes de gouvernement pour lesquels l'Etat n'admet pas le contrôle juridictionnel (223). En droit international, le domaine réservé à l'appréciation souveraine des Etats, exclu d'ordinaire de la compétence des tribunaux internationaux.

Donc, nous voyons que, de même qu'au point de vue de l'extériorité, au point de vue de la stabilité, il ne semble pas que le droit soit appelé à envahir toute la vie sociale. Il apparaît encore assez nettement localisé, certaines matières sociales n'étant pas de nature à être encadrées par le droit.

L'ÉVOLUTION DES INSTITUTIONS JURIDIQUES

Cet encadrement par le droit n'est pas un encadrement complètement rigide. Le phénomène d'action du juridique sur le social est plus complexe. On ne peut opposer d'une façon absolue les stabilités juridiques au mouvement social qu'elles encadrent. Ici encore, nous voyons la nécessité d'assouplir certaines conceptions trop

(222) Duguit, *Traité de Droit Constitutionnel*, 2^e éd., t. II, p. 275.

(223) Nous n'oublions pas que, dans le système de la Constitution de 1875, l'Etat restait cependant limité par la Constitution.

statiques du droit. « La stabilité sociale est généralement prise pour une forme du statique, alors qu'au contraire elle est une certaine forme du mouvement. La stabilité sociale résulte du mouvement lent et uniforme des transformations d'un système social ordonné. Ce que les hommes appellent stabilité, ce n'est pas l'immobilité absolue, c'est le mouvement lent et uniforme qui laisse subsister une certaine forme générale des choses à laquelle ils sont habitués » (224). C'est qu'en effet, au contact des forces du mouvement, les stabilités sans doute résistent, mais s'assouplissent, s'adaptent, et évoluent. Le droit peut être modifié par la vie sociale dans une mesure très large sans cesser pour autant d'exercer son rôle d'encadrement. « Le mouvement lent et uniforme du système social est le résultat d'un conflit entre des forces de stabilisation et des forces de mouvement ; les forces de mouvement l'emporteront sur les forces de stabilisation ; elles l'emporteront de peu et c'est pourquoi le mouvement social sera lent et uniforme » (225).

Cette lente évolution résultera de la nature des organes qui conservent et mettent en œuvre le droit et des procédés qu'ils utilisent. On peut l'observer de façon plus précise dans notre système juridique actuel : l'évolution du droit résultera de la tension existant entre le texte rigide, stable, représentant la tendance de stabilité et la jurisprudence qui représente, au contraire, la tendance de mouvement. Une jurisprudence qui ne serait pas encadrée, freinée par des textes évoluerait trop rapidement. Des textes qui ne pourraient faire l'objet d'un traitement jurisprudentiel interdiraient au droit toute évolution. Si l'on entre plus avant dans l'étude des rapports entre texte et jurisprudence, on rencontre, parmi les procédés qui assurent l'économie de cette lente et sûre évolution, le procédé de la fiction que nous avons analysée dans notre première partie. Il concilie très

(224) Hauriou, *Aux Sources du Droit*, p. 224.

(225) *Op. cit.*, p. 224.

heureusement la stabilité et le mouvement : tout en respectant formellement le texte, la fiction assure les évolutions nécessaires. Nous nous bornons à ces brèves notations visant seulement à dégager des types de phénomènes et ne cherchant nullement, ainsi que nous l'avons déjà dit, à décrire en détail les organes et procédés qui assurent la vie du droit.

Des remarques qui précèdent il résulte que, dans les perspectives où nous nous plaçons dans ce chapitre, l'opposition du droit et de la sociologie est moins l'opposition de la stabilité et du mouvement que celle d'un mouvement lent à un mouvement plus rapide. Opposition qui est donc atténuée puisque nous reconnaissons qu'il y a mouvement dans les deux cas. Mais qui n'est nullement supprimée ; car ces deux mouvements sont de nature essentiellement différente. Le mouvement social est rapide et irrégulier ; le mouvement juridique est lent et uniforme. On pourrait comparer assez exactement ces deux mouvements aux deux types de courbes que l'on rencontre en statistique : d'une part, les mouvements irréguliers où apparaissent les variations journalières ou mensuelles, d'une valeur cotée en bourse par exemple ; d'autre part les mouvements de longue durée annuels, décennaux, beaucoup plus réguliers et plus significatifs. De même dans l'évolution sociale, il serait légitime d'accorder plus de portée aux mouvements de longue durée. Leur rythme lent et régulier manifeste mieux la nature essentielle des phénomènes que les variations accidentelles des mouvements plus irréguliers. A cet égard, l'évolution du droit a plus de signification sociale que l'évolution plus rapide et plus désordonnée des autres faits sociaux.

Ainsi le droit apparaît bien comme nous le notions déjà, au début de ce chapitre, comme un indispensable instrument de régulation sociale : « S'il fallait changer la loi et renverser les codes à chaque ondulation de la conscience sociale, disait Saleilles, quel chaos et quelle

anarchie » (226). Dicey a bien marqué, pour l'Angleterre, ces deux types de mouvements et la lenteur du mouvement juridique comparé au mouvement social général d'évolution des faits et des idées : « L'opinion publique législative, écrit-il, change en général en Angleterre avec une lenteur inconcevable. L'idée de libre échange date de 1776, la loi qui l'introduit dans le droit, de 1846. L'idée d'émancipation des catholiques a pris corps dès 1797, la loi assurant juridiquement cette émancipation ne date que de 1825 » (227).

Ce mouvement juridique lui-même n'est pas d'un type uniforme. Il tend à présenter plusieurs degrés, les institutions juridiques n'étant pas également stables. Il existe au moins deux types fondamentaux de stabilités : les lois constitutionnelles et les lois ordinaires, chacune de ces stabilités étant vécue d'une manière propre dans la conscience collective. Une modification des lois constitutionnelles apparaît comme un événement plus grave, d'une plus grande portée, que le vote d'une loi ordinaire. La constitution a plus de force, plus d'autorité. C'est en elle, plus que dans les lois ordinaires, que se trouve la manière d'être fondamentale, permanente de la société.

Ce dédoublement du mouvement juridique présente évidemment bien des aspects selon les temps et les lieux mais est certainement très général dans son caractère essentiel (228).

CONCLUSION SUR LA NATURE DU DROIT CONSIDÉRÉ COMME STABILITÉ

Que conclure de cette étude du droit considéré comme stabilité, quant aux rapports entre réalité juridique et réalité sociale ?

Tout d'abord, dans cette perspective de la stabilité,

(226) *Rapports du Droit et de la sociologie*, loc. cit., p. 429.

(227) Dicey, *Leçons sur les rapports entre le Droit et l'Opinion publique en Angleterre*, p. 24.

(228) Cf. Leclercq, *Leçons de Droit naturel*, t. II, p. 71 ; Jellinek, *l'Etat moderne et son Droit*, t. II, p. 211.

ainsi que dans les perspectives où nous sommes placés précédemment, droit et sociologie doivent être rapprochés : la stabilité est proche des faits sociaux de mouvement parce que, dans une large mesure, elle est engendrée par les faits de mouvement. Elle est proche encore du social parce que, à bien des points de vue, on passe de façon continue des faits sociaux de mouvement aux faits juridiques de stabilité. Ceci nous est apparu dans l'analyse de ce phénomène intermédiaire si important qu'est la directive. De plus, considéré dans son engagement dans la vie sociale, le juridique stable dépend des faits de mouvement parce qu'il est, dans une certaine mesure, contraint par eux à s'adapter et à évoluer.

Nous avons cependant bien marqué l'autonomie des stabilités juridiques par rapport aux autres faits sociaux. Le droit en fait, sans doute, évolue, mais son mouvement est de nature autre que celui du mouvement social. Il est plus lent et plus régulier. Sans doute aussi les stabilités juridiques sont créées par le mouvement social mais, ensuite, elles acquièrent une large indépendance au point de pouvoir s'imposer à l'ordre social dont elles sont issues.

Quant à la portée de la réalité juridique considérée comme stabilité, comme institution, il semble qu'elle soit ambiguë. Comme mécanisation et habitude sociale, le droit apparaît comme secondaire par rapport au dynamisme social créateur. Comme conservation de ce qu'il y a de plus précieux dans la vie sociale, comme mouvement le plus régulier, il est, au contraire, un facteur social de première importance.

CHAPITRE III

LE DROIT COMME CONTRAINTE

LA CONTRAINTE N'EST PAS UN CARACTÈRE ESSENTIEL DU DROIT

De toutes les notes que l'on peut trouver dans le droit, la contrainte est, d'ordinaire, celle qui est présentée comme la plus essentielle. Beaucoup d'études du droit se limitent à l'analyse de ce seul caractère. Il y a là, semble-t-il, une conception unilatérale et même fausse par certains côtés, à laquelle nous voudrions opposer une vue plus souple et plus nuancée.

Tout d'abord, la contrainte n'apparaît pas plus essentielle au droit que les caractères étudiés précédemment, de valeur, de prise de conscience, d'extériorité, de stabilité. Ce serait se faire une conception bien pauvre du droit que de n'en retenir que l'aspect de contrainte. Ici encore, il faut maintenir un pluralisme de points de vue, ne pas s'enfermer dans un « monisme » étroit.

Mais la contrainte est-elle, même, une note du droit aussi essentielle que celles que nous avons étudiées précédemment ? Il ne semble pas. Le P. Delos, bien que très soucieux de maintenir l'importance de la contrainte, doit reconnaître qu'il existe des caractères du droit plus fondamentaux : « La volonté impérante du corps politique, écrit-il, est un élément essentiel de la détermination du droit, mais c'est un élément second, logiquement du moins, si on le compare à l'acte intellectuel, à l'élaboration vraiment créatrice qui donne

forme positive à la règle sociale » (229). Or l'on peut ajouter qu'il en va de même si l'on compare la contrainte aux caractères précédemment étudiés d'extériorité et de stabilité.

ELARGISSEMENT DE LA NOTION DE CONTRAINTE

Mais la contrainte est-elle, même, véritablement de la nature du droit ? Au sens précis où l'entendent ceux qui la présentent comme essentielle au droit, c'est-à-dire au sens de contrainte organisée, il ne semble pas que l'on puisse y voir une note se rencontrant dans tout phénomène juridique.

On a bien souvent fait remarquer que des aspects fort importants du droit ne comportent pas de contrainte organisée. En droit public interne, les lois constitutionnelles, certaines règles de droit administratif, généralement, ne sont pas accompagnées d'une sanction. Le fait est encore plus typique pour les règles de droit international. Certains auteurs, pour sauver leur définition du droit par la contrainte, diront que, sans doute, de telles règles ne sont pas encore sanctionnées, mais qu'elles sont du moins susceptibles de l'être. Curieuse conception de la notion de contrainte. Comment reconnaître de façon précise cette aptitude à être sanctionné ? Comment avoir une définition satisfaisante du droit en usant d'une notion qui comporte de telles réserves ?

Si l'on regarde les choses simplement et sans idées préconçues on doit reconnaître qu'il est des règles qui sont observées qui s'imposent à la société bien que rien ne soit organisé de façon positive pour s'opposer à leur violation éventuelle. S'il en est ainsi, c'est donc, qu'avant d'être revêtu d'une contrainte positive organisée, le droit est déjà du droit (231). Comment donc considérer com-

(229) AIIPD, *Les caractères de la règle de droit*, p. 213.

(231) Cf. Le Fur, *Les Grands Problèmes du Droit*, p. 89.

me étant de la nature du droit, un caractère qui apparaîtrait si tardivement ?

Que le droit tende à recevoir l'appui d'une contrainte organisée, que l'existence de cette contrainte assure une meilleure application du droit, ceci est incontestable ; mais il reste que la règle de droit, souvent, existe déjà comme telle, avant même que la contrainte ait reçu un commencement d'organisation.

Si donc nous voulons considérer que la contrainte est de la nature du droit, qu'elle se rencontre dans toute manifestation du juridique, c'est vers une notion beaucoup plus large de la contrainte qu'il faudra nous orienter, ce qui pourra nous amener, d'ailleurs, à une conception de la contrainte plus riche et plus profonde (232).

On peut en effet reconnaître que tout fait juridique, par sa nature même, comporte une contrainte en ce sens que, de lui-même, le droit tend à s'imposer à la société.

Avant même que le pouvoir le reconnaisse et l'appuie de son autorité, le droit porte déjà en lui-même une certaine force, une certaine aptitude à s'imposer. Cette force, il la puise, d'une façon générale, dans le fait qu'il est une règle qui met de l'ordre dans la société, qui l'organise et l'oriente vers sa fin : « Les hommes n'obéissent pas à la loi parce qu'elle a été imposée, mais parce qu'ils se sentent liés par elle ; ils y sont liés non par des sanctions particulières, mais parce que, sans loi, l'Etat ne peut exister. Il est vrai que, généralement, il y a des sanctions déterminées pour obliger les quelques récalcitrants, mais ce n'est pas le trait essentiel de la loi » (233).

D'un point de vue plus particulier, mais fort important, le droit tire sa force des valeurs éthiques qu'il propose. « Le droit n'a conscience d'être le droit, que lorsqu'il se présente comme un idéal de justice » (234).

(232) Cf. Picard, *Les Constantes du Droit*, p. 23.

(233) Arthur Goodhart, *Théories anglaises du droit*, AIIPD, t. II, 1936.

(234) Saleilles, *Droit et Sociologie*, *Revue Internationale de l'Enseignement*, 1904, t. XLVIII, p. 428.

Avant d'être un législateur souverain, le roi de l'ancienne monarchie française était un justicier. Les coutumes justes s'imposaient à lui ; il ne pouvait les modifier. Mais il avait le pouvoir et même le devoir de supprimer les coutumes injustes (235). Le droit est antérieur à l'Etat. Et, même dans les sociétés où l'Etat est complètement constitué, le pouvoir n'a pas toujours le monopole complet du droit. S'il promulgue des lois injustes il devra souvent avouer qu'il est incapable de les imposer. Aussi pouvons-nous conclure, sur ce point, avec le P. Delos que « le pouvoir de domination n'apparaît qu'en suite du pouvoir du droit et en renfort de ce pouvoir » (235 bis).

NÉCESSITÉ CEPENDANT DE LA CONTRAINTE ORGANISÉE

Mais il ne faut pas, pour autant, négliger l'importance de la contrainte organisée dans l'application du droit. La règle de droit a besoin du pouvoir pour se réaliser. « L'existence du pouvoir est nécessaire pour que la règle puisse produire son plein effet. La règle de droit n'émane pas des faits sociaux de la même façon que les lois physiques émanent des phénomènes physiques ; elle est toujours l'œuvre d'un pouvoir qui, dans une certaine mesure, l'impose aux forces sociales. Elle a besoin d'être maintenue par ce pouvoir pour vaincre les résistances qu'elle rencontre » (236).

Nous avons vu, en effet, combien était inexacte la théorie selon laquelle la conscience sociale est une et crée elle-même son droit. Le plus souvent, le droit jouera un rôle pacificateur ; il harmonisera des tendances diverses et même opposées ; il pourra se présenter aussi comme un élément nouveau conforme sans doute à la fin de la société, mais qui pourra, au début, ne pas être

(235) Cf. Grandclaude, *op. cit.*

(235 bis) *La Société Internationale et les principes du Droit Public*, p. 129.

(236) Hauriou, *Précis de Droit Constitutionnel*, 2^e éd., 1923, p. 118.

accepté spontanément. Pour toutes ces raisons, un droit sans contrainte risque d'être inefficace. Sa conformité au droit naturel et aux fins particulières de la société ne suffisent pas toujours à l'imposer. Il faudra, en quelque sorte, que le pouvoir prenne ce droit en charge pour en assurer l'application. A ce point de vue, il est vrai de considérer qu'il n'y a de droit, au sens plein et complet du terme, que lorsque la règle est reconnue et protégée par le pouvoir social. Ce pouvoir contribuera à assurer « l'actualisation des principes juridiques » qui, privé de secours, resteraient des affirmations idéales sans réalisation sociale. Toutefois il n'est pas tout à fait exact de considérer que « le pouvoir est l'énergie de la règle (237) car nous avons vu que cette « énergie » avait aussi d'autres sources. Il faut seulement reconnaître que, dans beaucoup de cas, le droit n'ayant pas par lui-même une énergie suffisante pour se réaliser, devra demander au pouvoir l'appoint d'énergie nécessaire à sa complète réalisation.

La contrainte organisée doit donc plutôt être considérée comme un élément ajouté au droit, qui vient l'achever, lui apporter un supplément de vigueur. Elle n'appartient pas à sa nature profonde. Elle n'est qu'un moyen permettant au droit de s'imposer de façon plus complète. Moyen qui n'est d'ailleurs pleinement mis en œuvre que dans les sociétés modernes les plus évoluées, et n'y joue souvent qu'un rôle accessoire (238).

LA CONTRAINTÉ

CARACTÈRE COMMUN A TOUS LES FAITS SOCIAUX

Les analyses faites jusqu'ici nous ont permis de déterminer la nature de la contrainte. Nous avons vu que, pour considérer la contrainte comme un caractère vrai-

(237) Burdeau, *La règle de Droit et le Pouvoir*, APDS, 1937, c. 3-4.

(238) « La Loi, armature de l'édifice social s'appuie, en définitive, non pas sur la contrainte, mais sur la conscience responsable comme sur une assise » R. P. Lucien-Brun, *Loi et Conscience*, p. 36.

ment commun à tous les phénomènes juridiques, il fallait l'entendre dans un sens assez large. Mais alors, la distinction entre les faits juridiques et les autres faits sociaux apparaît beaucoup moins nette. La contrainte ainsi comprise se manifeste aussi en dehors du droit. Tout fait social s'accompagne d'une certaine coercition : il s'impose d'abord par lui-même, mais aussi par des moyens extérieurs assez variés : réprobation de l'opinion, crainte du ridicule, etc... Les règles du langage, du savoir-vivre, les normes techniques ou esthétiques ne sont pas de pures idées (et cette observation vient compléter notre étude de la nature des stabilités sociales) ; dès lors qu'elles appartiennent à une société, elles sont accompagnées d'une contrainte, ainsi que l'a très bien montré l'Ecole sociologique de Durckheim. On n'aperçoit donc pas de coupure nette entre le social et le juridique. On pourrait seulement classer les faits sociaux selon le degré de contrainte qu'ils comportent et déterminer ainsi une certaine orientation vers le juridique, le droit étant constitué par la catégorie de faits sociaux où la contrainte est la plus forte.

D'ailleurs, la notion de contrainte organisée elle-même, à supposer qu'elle fût commune à tous les phénomènes juridiques, prise seule, ne peut permettre de définir le droit. Elle se rencontre en effet dans l'ordre politique qui ne fait pas partie du domaine juridique. Gouverner, c'est faire usage d'un pouvoir de contrainte. Aussi, pour distinguer l'aspect politique de la contrainte de son aspect juridique, sera-t-on amené à préciser l'idée de contrainte distinguant la contrainte déterminée à l'avance, prévisible, propre à l'ordre juridique de la contrainte qui dépend de l'arbitraire, de la libre initiative du gouvernant, qui est elle, la contrainte politique. Toute contrainte organisée n'est donc pas propre au droit mais seulement celle qui s'applique à des stabilités sociales.

Ainsi donc, nous constatons que le droit, considéré comme contrainte, se distingue beaucoup moins aisément des autres faits sociaux qu'on ne le pense communément.

Ici encore se manifeste une certaine continuité entre le social et le juridique.

Dans d'autres perspectives, nous allons devoir encore observer le même état de choses.

ACTIVITÉ CONTRAINTE ET ACTIVITÉ LIBRE

On ne peut toujours distinguer facilement dans la vie sociale les aspects contraints et les aspects libres. Ils sont souvent indivisiblement unis dans le même fait social. Ainsi, le contrat est, à la base, un acte de volonté libre, mais, une fois conclu, il constitue une contrainte qui pèse sur les parties. De même toutes les dispositions du droit civil qui ne sont pas d'ordre public n'obligent que ceux qui, librement, en ont fait la loi de leur action. Ainsi en est-il des régimes matrimoniaux où les dispositions d'ordre public sont peu nombreuses en comparaison de celles dont le choix reste libre.

De plus, même lorsque l'on peut séparer les activités libres des activités contraintes, souvent, sociologiquement, cette distinction n'aura pas d'importance ou même nuira à la compréhension des phénomènes sociaux. Ainsi la réglementation d'une activité économique par l'Etat, ne forme pas, sociologiquement, une unité d'étude. La véritable unité sociologique est constituée par l'ensemble des pratiques, des façons de faire, qu'elles soient ou non objet de réglementation. Socialement, il est secondaire de savoir si telle règle d'action est adoptée librement ou si elle est suivie parce qu'elle est imposée. Le point de vue juridique introduit dans les phénomènes sociaux des séparations assez superficielles qui, sociologiquement, n'ont pas de portée et peuvent même masquer des continuités sociologiques de plus grande importance.

Dans ces différentes perspectives où nous venons d'examiner le droit en tant que contrainte, nous avons donc reconnu qu'en dépit d'une différenciation assez caracté-

risée du juridique par rapport au social, à bien des points de vue, juridique et social restent très proches, voire même parfois presque confondus.

MATIÈRE SOCIALE ATTEINTE PAR LA CONTRAINTE JURIDIQUE

Notre analyse serait incomplète si nous ne précisions pas la nature de la matière sociale qui, d'ordinaire, fait l'objet d'une contrainte juridique. La contrainte juridique en effet ne porte pas indifféremment sur toutes les matières sociales et, en tout cas, son rôle et sa portée sociale diffèrent selon la catégorie de faits auxquels elle s'applique. Ce sont là des points de vue qui se sont déjà présentés à nous dans l'étude du droit considéré comme stabilité, le phénomène de contrainte étant, comme nous l'avons déjà vu, étroitement lié au phénomène de stabilité.

On peut ne voir tout d'abord dans la contrainte qu'une fonction de police : ne seraient revêtues de contrainte organisée que les règles indispensables à l'ordre social ; la contrainte concernerait ce « minimum éthique », faute duquel l'ordre social ne peut subsister. C'est de ce point de vue que le droit se distingue le plus nettement des mœurs, des usages tels que, par exemple, le langage qui comporte des règles dont la violation ne trouble pas d'une façon grave l'ordre social. Ainsi considéré, le droit apparaît comme un élément bien secondaire dans la vie sociale ; ce qu'il y a de plus riche dans les institutions lui échappe, ainsi que tout l'aspect créateur et dynamique de la vie sociale. Mais, et nous affirmons ici une fois de plus le pluralisme d'aspects du phénomène juridique, la contrainte juridique n'a pas que cette fonction. Elle peut jouer dans la vie sociale un rôle plus important. En premier lieu, fonction de nature assez voisine de celle que nous venons de considérer, la contrainte protège les institutions de la dégénérescence, de l'affaiblissement. Cet affaiblissement ne crée pas un trouble social

aussi grave que le vol ou l'inexécution des contrats. Mais il n'en diminue pas moins la qualité de l'organisation sociale, en portant atteinte à l'intégrité des grandes institutions de la vie privée et publique. Aussi mérite-t-il d'être sanctionné. Comme on l'a dit justement : « L'Etat peut avoir autre chose à faire qu'à défendre les frontières et assurer la sécurité de ceux qui ne contreviennent pas au code pénal. Il a la charge d'établir les conditions générales du libre exercice de l'activité privée. Il doit organiser la vie en commun » (239). Mais la contrainte ne peut-elle pas avoir un rôle plus positif encore ? La contrainte n'est-elle pas souvent un élément de progrès social ? N'est-ce pas par la contrainte juridique que l'on peut imposer à une société des orientations et des manières d'être nouvelles ? Que de réformes sociales se sont réalisées par la voie juridique ! Nous renvoyons, sur ce point, à ce que nous avons dit dans notre première partie sur l'efficacité des constructions. Il y a là beaucoup plus qu'une action de police. La contrainte juridique est directement au service du dynamisme social.

Ainsi, on se ferait une conception étroite de la contrainte juridique si avec Hauriou l'on se contentait de n'y voir qu'un principe de limitation, si l'on considérait le législateur comme « un simple *agrtmentor* qui pose des bornes entre des champs d'activité » (240). Le droit n'est pas seulement un encadrement de la vie sociale, il participe aussi à sa vie la plus profonde et la plus créatrice.

Toutefois, il faut reconnaître que la fonction d'encadrement l'emporte sur la fonction créatrice et qu'ainsi, le droit comme contrainte de même que comme extériorité et stabilité, apparaît comme ayant tendance à être « localisé » dans des secteurs déterminés de la vie sociale.

(239) Virton, *La personne et le Droit*, Archives de Philosophie, v. 14, c. 2, 1938, p. 107.

(240) *Aux Sources du Droit*, p. 94. Hauriou, heureusement, en bien d'autres parties de son œuvre a adopté une position beaucoup moins négative.

APPENDICE A L'ÉTUDE DU DROIT CONSIDÉRÉ COMME EXTÉRIORITÉ, STABILITÉ ET CONTRAINTE

POLITIQUE ET JURIDIQUE

Etudiant le droit sous les aspects d'extériorité, de stabilité et de contrainte, nous avons rencontré chaque fois, dans l'ordre de la vie publique, la catégorie du politique comme l'un des termes d'opposition par rapport auxquels le droit apparaissait comme différencié.

Il ne semble pas inutile de présenter une vue d'ensemble de cette dualité du politique et du juridique, qui serait incomplètement étudiée et dont la portée pourrait échapper si l'on se contentait des indications partielles données dans les chapitres qui précèdent.

Ce n'est pas pour des raisons accidentelles et temporaires, ou par suite d'une imperfection du droit que, dans le domaine de la vie publique, les faits sociaux ne sont ni entièrement juridiques, ni entièrement politiques. Ces deux catégories de faits se partagent normalement le domaine de la vie publique. Dualité qui tient à la nature profonde de la vie sociale.

Le juridique, c'est l'extériorisation, l'objectivité, l'organisation ; c'est la permanence, ce sont les institutions publiques dans le cadre desquelles se déroule la vie politique, c'est la contrainte sans doute, mais une contrainte que l'on peut prévoir, qui ne s'applique que pour sanctionner des règles préétablies. Le politique au contraire est plus riche d'éléments intimes, affectifs, psychologiques ; il constitue la partie la plus mouvante de la vie

publique : que d'événements se déroulent dans le cadre relativement stable d'une constitution ; le politique, c'est un pouvoir qui ne se manifeste pas d'une manière prévisible et régulière, mais est à la discrétion des gouvernants, maîtres de leurs initiatives. Ces deux notions sont donc nettement opposées. Mais l'équilibre social exige que l'une n'exclue pas l'autre. Si le politique n'est plus encadré et freiné par le juridique, on aboutit à la tyrannie et à l'anarchie. Si le droit envahit toute la vie sociale, c'est la sclérose, la mort de la société, désormais incapable de progrès et de création. Le politique est donc une des manifestations essentielles du dynamisme social, le juridique assurant, au contraire, principalement la garantie du droit (241).

Ce dualisme du juridique et du politique nous amène tout naturellement à rencontrer la notion de loi. Politique et juridique en sont en effet les deux constituants fondamentaux et s'y limitent réciproquement. Par ses origines, la loi appartient à la catégorie du politique dans la mesure très large où les gouvernants influent sur l'orientation d'une législation, où la législation d'une époque est inspirée par une politique. Mais, normalement, une fois créée, la loi entre dans la catégorie du juridique ; elle devient objectivité, stabilité ; elle est revêtue d'une contrainte mais d'une contrainte dont on connaît à l'avance le domaine. Le politique se limite ainsi lui-même. Mais, dans tous les moments de crise, cette fonction juridique de la loi tend à s'effacer au profit du politique. Les lois se multiplient, perdent leur caractère fondamental de stabilité ; d'ailleurs, inspirées par les fluctuations de l'opinion, les passions du moment, elles n'ont pas en elles-mêmes la solidité qui leur permettrait de durer. « La loi n'est plus alors qu'une modalité de la direction que le pouvoir entend imposer à l'administration des choses, la garantie du droit décline et ce

(241) Cf. Maspétiol, *Garantie du Droit et Dynamisme Social*, APDS, 1938, c. 1-2.

n'est plus que d'un point de vue formel que les situations qui en résultent sont qualifiées de juridiques » (242).

C'est surtout dans les temps modernes que nous avons vu ainsi une conception politique de la loi se substituer à la conception juridique. La loi tend à être entièrement absorbée par la politique ; « elle n'est plus qu'un procédé de gouvernement, elle est devenue le moteur d'une transformation incessante de l'ordre social » (243).

(242) Maspétiol, *op. cit.* ; cf. aussi Ripert, *Le Régime démocratique et les Principes du Droit Civil*, Sirey, 1935.

(243) Burdeau, *Essai sur l'évolution de la notion de Loi en France*, APDS, 1939, c. 1-2.

CHAPITRE IV

CARACTÈRE FORMEL DU DROIT

LE DROIT, « MISE A PART » DE CERTAINES RÈGLES SOCIALES

Les analyses faites jusqu'ici, soit en suivant le droit dans son élaboration, soit en l'examinant dans les domaines de la vie sociale où il nous paraissait principalement situé (valeur, extériorité, stabilité, contrainte), nous ont montré que, si le droit tend à constituer une réalité sociale d'un caractère autonome du fait qu'il revêt un ensemble de caractères particuliers, ces caractères distinctifs ne sont cependant pas si nets, aucun d'entre eux n'est à ce point dominant, que l'on puisse dire que le droit est très nettement distinct du social.

Et cependant, le droit, en fait, constitue un ensemble d'une autonomie bien marquée ; si une telle autonomie est affirmée, alors même que le contenu sociologique du droit n'a pas d'aspect particulier très net, c'est que le droit tend à se distinguer de la vie sociale par un caractère tout formel, assurant sa séparation de l'ensemble des autres phénomènes sociaux.

Le droit peut être, en effet, considéré simplement comme du social qui a été « *mis à part* » en vue de constituer un ordre autonome. Certes, ce social ainsi isolé, présente les caractères que doit revêtir la réalité juridique pour répondre aux buts qui lui sont assignés. Son contenu n'est pas absolument quelconque ; le juridique tend toujours à se situer de préférence dans les secteurs particuliers de la vie sociale dont nous avons parlé dans les chapitres précédents ; mais il n'en reste pas

moins que cette « *mise à part* » est une opération qui fait, dans une large mesure, abstraction de la nature du contenu social rendu ainsi formellement juridique. Nous sommes donc en présence d'un caractère du droit qui ne se confond pas avec ceux qui ont été analysés précédemment.

Quels aspects revêt cette opération de séparation ? Faut-il nous limiter à la séparation si nette et si consciente qu'est la promulgation du droit par des groupes ou des individus spécialement habilités par la société ? C'est ce que voudraient les partisans du positivisme juridique, pour qui on ne peut vraiment parler de droit que lorsque le caractère formel de mise à part est très nettement marqué ; position qui tient au fait qu'étant soucieux de constituer une théorie du droit très indépendante du social, ils craignent les moindres incertitudes de délimitation entre le social et le juridique. Mais limiter cette « *mise à part* » à cet aspect particulier, serait, comme dans le cas précédemment examiné de la contrainte, n'accepter de tenir compte d'un phénomène que lorsqu'il est arrivé à son stade parfait d'évolution. Or, l'étude de la vie sociale nous montre, d'une part que l'on a déjà du droit avant que ne joue cette méthode de constitution formelle par intervention d'une assemblée ou de personnages qualifiés, et, d'autre part, que, sous ces formes moins évoluées, le droit se présente comme tel, non seulement parce qu'il a les caractères que nous avons analysés précédemment d'extériorité, de stabilité, de contrainte, mais aussi parce qu'il est déjà, dans une certaine mesure, formellement à part, séparé des autres règles sociales. Dans l'Ancienne France, les coutumes, avant même leur rédaction, constituaient du droit parce que, dans la conscience sociale, elles étaient séparées des autres règles sociales.

L'évolution juridique tendra seulement, ensuite, à mieux marquer cette séparation formelle. De là dérive, par exemple, la mise par écrit de nos coutumes réalisées en France entre le ^{xiv}e et le ^{xvi}e siècle ; cette mise par

écrit est, principalement, une manière de mieux distinguer le droit des autres règles sociales. La mise à part plus nette de nos règles de droit, réalisée au moment de la Révolution, n'est donc qu'une manifestation plus caractérisée d'un phénomène que l'on pouvait observer depuis longtemps déjà.

Adoptant ainsi une conception assez large et assez souple de l'opération formelle de « mise à part », nous ne voyons pas de difficulté à reconnaître qu'elle se rencontre dans tout le droit et que ce caractère formel est une caractéristique du juridique. Mais, ne voir du droit, avec les partisans du positivisme juridique, que là où il y a mise à part formelle très nette (promulgation, vote par une assemblée), serait restreindre singulièrement l'ampleur du phénomène juridique. Il est toutefois fort important de noter, au cours de l'évolution sociale, la tendance à une séparation toujours plus nette du droit de l'ensemble des autres réalités sociales. Il y aurait là matière à de fort intéressantes études historiques ; malheureusement, peu de recherches ont été faites jusqu'ici dans cette voie. C'est un de ces nombreux domaines où la philosophie et la théorie générale du droit manquent encore d'appuis concrets.

NOTION FORMELLE DU DROIT A L'ÉPOQUE RÉVOLUTIONNAIRE

Cependant, sur une des périodes les plus importantes, au point de vue du développement du formalisme juridique, la période révolutionnaire, nous possédons une étude très pénétrante qui, dans un cas particulier, met bien en évidence le phénomène que nous venons d'essayer d'analyser d'une manière générale. C'est l'étude de Pierre Duclos sur « *La Notion de Constitution dans l'Œuvre de l'Assemblée Constituante* » (244). A l'époque révolutionnaire s'accroît le « mouvement historique qui tend à faire de la notion naturelle du droit une notion

(244) Dalloz, 1932.

formelle, un fossé de plus en plus profond se creusant entre le droit et l'ordre naturel des choses » (245). La constitution naturelle tend à être remplacée par une constitution formelle. La constitution sera formelle parce qu'elle ne sera plus seulement diffuse dans la conscience sociale mais aura été revêtue d'un caractère distinctif parce qu'elle aura reçu une « frappe juridique » du fait qu'elle aura été élaborée et rédigée par un organisme spécial, l'Assemblée Constituante.

Sous l'Ancien Régime, la France avait une Constitution ; c'étaient les lois fondamentales. Ces lois n'étaient pas écrites, n'avaient été promulguées par aucune assemblée, mais « étaient inscrites au cœur de tous les français ». Allons nous dire qu'une telle Constitution n'était pas du droit ? Ce serait aller contre les faits ; il y avait là un ensemble nettement « mis à part » et qui, par ailleurs, possédait des caractères de stabilité que nous avons reconnus pour une des caractéristiques du juridique. Mais il faut reconnaître qu'à l'époque révolutionnaire, la caractéristique formelle tend à jouer un rôle plus important dans la détermination du droit et à en accuser la différenciation. Sans doute la France n'a pas attendu la Révolution pour avoir une Constitution. Mais, auparavant, la Constitution était plutôt « la manière d'être traditionnelle de la Nation » (246). L'Assemblée Constituante va donner à la Constitution un relief, une autonomie par rapport à la vie sociale qu'elle n'avait pas jusque là. « Alors que l'ancienne Constitution se dégageait imparfaitement de l'ordre naturel des choses et confondait l'Etat et le régime traditionnel de la France, celle qui tend maintenant à prévaloir fait du gouvernement choisi librement par la collectivité, un corps artificiel, œuvre de la volonté générale souveraine » (247). « La forme est devenue le criterium décisif qui donne à

(245) *Op. cit.*, p. 6.

(246) *Op. cit.*, p. 30.

(247) *Op. cit.*, p. 209.

la constitution un caractère juridique » (248). Toute règle de droit devient constitutionnelle dès lors qu'elle émane de la procédure constituante. Désormais l'Etat est devenu en un sens beaucoup plus fort un ordonnancement juridique.

FONCTION SOCIALE DE CETTE « MISE A PART »

Il y a donc là un aspect du droit important et intéressant ; les sociologues n'en ont pas assez tenu compte. Une théorie trop sociologique du droit, qui ne s'intéresse qu'au contenu des règles ou à leurs aspects sociaux extérieurs, et qui néglige cette mise à part purement formelle, est incomplète et unilatérale. Le droit, presque toujours, à côté d'un aspect matériel, présente un aspect formel. Beaucoup de systèmes juridiques n'ont guère d'unité par leur contenu. C'est la forme qui les constitue en un ensemble cohérent. La tendance à mettre à part certaines règles sociales sans prendre en considération directe leur contenu, en vue de constituer un système, un ordre qui servira ensuite à interpréter juridiquement toute la vie sociale, répond à un besoin réel. Si le système juridique n'avait pas de frontières déterminées, si l'on risquait sans cesse d'y découvrir des règles jusque-là ignorées, la plus grande incertitude régnerait dans l'application du droit. Il est même nécessaire, dans une certaine mesure, que le droit cherche à assurer sa cohérence à l'intérieur du système ainsi formellement déterminé sans se préoccuper de telles données sociologiques extérieures qui adapteraient peut-être mieux le système juridique à la vie sociale, mais en diminueraient la précision et la sécurité. Aussi faut-il prendre tout à fait en considération les efforts d'un Carré de Malberg cherchant à trouver un système cohérent dans la Constitution française de 1875, à en dégager les principes de base, en s'en tenant strictement aux textes, sans chercher

(248) *Op. cit.*, p. 214

à les compléter par des données empruntées au cadre social et politique. On sait qu'ainsi, Carré de Malberg montre qu'une des idées fondamentales de la Constitution de 1875, est que la loi doit être considérée comme « l'expression de la volonté générale » (249). Ce point de vue n'est pas complet. Mais il doit avoir sa place dans l'ensemble des recherches juridiques. Des juristes, trop sociologues, auraient tort de le négliger pour se livrer uniquement à une étude de la Constitution où les textes seraient étudiés à la lumière du milieu politique et social dans lequel ils se sont développés et ont été appliqués. Par contre, Carré de Malberg se trompe en croyant achevée la tâche du juriste après la seule étude formelle de la réalité juridique. En tant que juriste, et non pas seulement en tant que sociologue, il lui faut encore étudier, pour que son travail soit complet, les aspects plus sociaux de la Constitution.

Nous refuserons donc de suivre Carré de Malberg et ses disciples lorsqu'ils déclarent que n'est juridique que ce qui a été atteint par une détermination formelle. Limiter à ce formalisme la conception du droit, c'est restreindre singulièrement l'ampleur du phénomène juridique, et, de plus, allant contre les faits, négliger beaucoup d'autres caractères qui sont autant, sinon davantage, de la nature du droit. On ne saurait, comme le voudrait M. Waline, « dénier au donné naturel toute valeur juridique tant que le législateur ou le juge ne l'ont pas adopté pour le transformer en règle de droit » (250). Certes, on peut souhaiter que les phénomènes juridiques puissent être clairement déterminés et, en pratique, il est admissible que l'on use, dans une certaine mesure, de procédés formalistes pour déterminer le droit et le séparer des autres données sociales. Mais on ne saurait aller plus loin et refuser de reconnaître, à des phénomènes, le caractère juridique pour le motif qu'ils ne se distinguent pas assez nettement des autres faits sociaux.

(249) Cf. *La loi expression de la Volonté Générale*.

(250) *Mélanges Carré de Malberg*, p. 529.

Une telle conception nous empêche, en particulier, de comprendre des droits étrangers tels que le droit anglais par exemple, où la détermination formelle du droit a beaucoup moins d'importance que dans notre système juridique français. Le positivisme juridique excluera-t-il du cadre des phénomènes juridiques ces lois fondamentales du droit public anglais qui n'ont fait l'objet d'aucune détermination formelle et qui ne sont, selon le mot de M. Amos « qu'une constitution sans dogme » ? (251).

(251) *La Constitution Anglaise*, Sirey, 1935, conclusion.

TROISIÈME PARTIE

CHAPITRE UNIQUE

LA RÉALITÉ JURIDIQUE ENGAGÉE DANS LA VIE SOCIALE

Dans notre chapitre liminaire nous notions le fait que, souvent, le droit vient s'appliquer comme de l'extérieur à la société, et nous décrivions, dans ses traits essentiels, le phénomène de réception qui en résultait. Examinant ensuite la réalité juridique à divers points de vue, nous avons pu constater qu'elle n'était vraiment comprise que si elle était rattachée au milieu social auquel elle était destinée. Il semble nécessaire, après cet aperçu d'ensemble et ces analyses de détail, de revenir sur ces questions en se plaçant dans une perspective plus complète et plus générale.

Les réalités juridiques n'ont leur plein sens que si on les considère engagées dans la vie sociale. On ne peut se contenter de les étudier en elles-mêmes. Isolées du milieu social, elles sont comme un mécanisme au repos ; leur rôle n'apparaît pas clairement ; « un texte législatif pris à lui seul n'est qu'une ossature dépouillée de ce qui en fait la vie » (232). Bien plus : avant d'être engagé dans la vie sociale, souvent le droit n'est pas encore

(252) Henri Capitant, *Fonction du droit comparé* dans *L'œuvre juridique de Raymond Saleilles*, p. 167.

complètement déterminé. Nous avons déjà rencontré des aspects particuliers de ce fait général. La vie sociale fait un choix dans les structures proposées par le droit, utilise telle réalité juridique plus fréquemment que telle autre. Elle renonce à peu près entièrement à certaines facultés que le droit lui avait concédées et donne un sens précis à des notions qui, dans le cadre du respect des textes, étaient susceptibles de bien des interprétations. Enfin, elle impose au droit certains gauchissements, certaines déformations. D'une manière plus générale, la vie sociale est un élément essentiel de la physionomie d'ensemble des phénomènes juridiques.

Enfin, le milieu social n'est pas toujours parfaitement docile à la règle de droit ; souvent, la réalité juridique n'est que partiellement acceptée ; de là dérive une dualité du juridique et du social. Aussi, le mode d'engagement du droit dans la vie sociale constitue-t-il un phénomène qui doit retenir à la fois l'attention du sociologue et celle du juriste. Le sociologue ne pourra se contenter d'étudier simplement les « infrastructures sociales » ; pour avoir une vue complète de la vie sociale, il devra tenir compte de l'action des réalités juridiques sur la vie sociale. Le juriste, de son côté, pour atteindre à une compréhension vraiment complète du droit, devra joindre à l'étude de la réalité juridique prise en elle-même une étude du mode d'engagement de cette réalité dans la vie sociale. Il ne pourra se contenter de considérer le droit en lui-même ; il devra chercher à connaître son comportement social, faute de quoi la science juridique serait incomplète, appauvrie, voire même faussée.

Cette nécessité pour le juriste d'élargir ainsi son point de vue est une des préoccupations les plus actuelles de la science du droit. M. Joseph Barthélemy l'a marquée avec beaucoup de force : « Le texte qui organise, ordonne, écrit-il, a une importance que l'on ne saurait nier. Mais l'étreinte des réalités par ce texte est autrement

intéressante. Qu'est-ce donc que la lettre morte et morne, l'article écrit noir sur blanc, sans les hommes qui le mettent en œuvre, le tournent, le torturent pour le mettre en accord avec leurs volontés, leurs ambitions, leurs passions, leurs erreurs ? Au bout de peu d'années on trouve dans les textes bien d'autres choses que ce que leurs auteurs ont pensé y mettre » (253).

Cette manière de concevoir l'étude des réalités juridiques est particulièrement importante dans l'histoire constitutionnelle des peuples : « Les constitutions, dit M. Seignobos, ne sont que des conventions officielles sous lesquelles se cache la vie politique véritable. Le droit constitutionnel est un prétexte qui recouvre les conflits réels des forces, des intérêts et des sentiments. Voilà pourquoi l'image des constitutions donne une idée fausse de la réalité ; les règles sont constamment faussées par la pratique ou brisées par les crises ou les révolutions. Ce qu'il faut donc étudier, c'est la pratique et les crises qui la modifient » (254).

Dans ces perspectives, M. Mirkine Guetzevitch a pu définir de façon assez heureuse les rapports entre histoire constitutionnelle et histoire politique : « Le droit constitutionnel opère avec les règles juridiques ; la science politique vérifie l'application politique de ces règles, elle cherche les tendances du droit, la signification politique de ses normes, le rendement d'une loi, le rendement politique des institutions et des régimes. Si les textes constitutionnels appartiennent au droit constitutionnel, l'appréciation du fonctionnement des institutions relève de la science politique... et cette observation du rendement politique des institutions est intimement liée à l'histoire constitutionnelle qui ne peut pas être conçue en dehors de la méthode de la science politique. Ou l'histoire constitutionnelle reste une histoire exté-

(253) Joseph Barthélémy, *Avertissement* pour le premier numéro de la *Revue d'Histoire Politique et Constitutionnelle*, janvier-mars 1937, p. 8.

(254) Seignobos, *Etudes de Politique et d'Histoire*, p. 43.

rieure, une chronologie des faits et elle ne porte aucun jugement sur les institutions, ou elle applique la méthode de la science politique et, dans ce cas, elle permet d'étudier scientifiquement le rendement politique des institutions. Ce qui importe, c'est l'ensemble constitutionnel et politique de la vie d'un peuple. Le connaître c'est faire l'histoire constitutionnelle... » (255).

Ces observations peuvent être étendues aux autres domaines de la vie sociale. Il faut souhaiter que l'histoire du droit se rapproche de l'histoire sociale. A cet égard, un effort intéressant a été tenté par les *Annales d'Histoire Economique et Sociale* (devenues depuis 1939 les *Annales d'Histoire sociale*). De nombreuses études publiées par cette revue ont montré combien l'histoire juridique se trouvait enrichie et assouplie par l'introduction de données non juridiques fournies par l'histoire sociale (255 bis).

A l'occasion de monographies historiques, on a même constaté que l'histoire juridique ne se suffisait pas à elle-même. A propos d'études sur la propriété foncière en France faites à partir de ces documents juridiques si importants pour notre histoire sociale que sont les « terriers », on notait : « Les mots sont des pièges si on ne leur fait pas subir l'épreuve expérimentale qui révélera ce qu'ils contiennent ou recouvrent dans la pratique » (256).

REVÊTEMENT JURIDIQUE ET INFRASTRUCTURE SOCIALE

Après cette vue d'ensemble sur le problème de l'engagement du droit dans la vie sociale, il nous faut maintenant entrer dans des analyses plus précises des rap-

(255) Mirkine Guetzevitch, *Propos de Méthode, Revue d'Histoire Politique et Constitutionnelle*, 1937, p. 520.

(255 bis) Cf. par exemple Besnier, *Vicissitudes de la notion romaine de propriété, Annales d'Histoire Economique et Sociale*, 1937.

(256) Soulgé, *Essai d'introduction à la publication des terriers foreziens*, Champion, 1923.

ports qui s'établissent ainsi entre réalité juridique et réalité sociale.

Dans une première perspective, l'étude de l'engagement de la réalité juridique dans la vie sociale consiste simplement à rechercher dans quelle mesure sont observées les règles posées par le droit. Il s'agit d'établir le pourcentage de violation de la loi, ou, corrélativement, son degré d'observation. Cette recherche, sociologiquement, n'est pas sans intérêt. Il est fort important de distinguer, dans l'ensemble du droit d'une société, les règles effectivement appliquées de celles qui sont tombées en désuétude ou sont systématiquement violées. N'arrive-t-il pas, dans les études juridiques, que l'on s'arrête assez longuement à des normes juridiques qui, socialement, n'ont joué pratiquement aucun rôle ? Quant à la violation du droit, c'est, évidemment, en droit pénal, qu'elle mérite tout particulièrement d'être considérée ; cette étude y constitue même un ordre de recherche bien défini, à savoir, la science du crime ou criminologie.

Mais, c'est dans le cas des situations intermédiaires où le droit n'est ni parfaitement identifié avec la réalité sociale à laquelle il s'applique, ni complètement rejeté, que l'engagement de la réalité juridique dans la vie sociale présente le plus de difficultés d'analyse et doit donc, plus spécialement, retenir l'attention (256 bis). Un certain dualisme se manifeste entre la réalité juridique et l'infrastructure sociale. Le droit alors sera considéré comme un *revêtement* de la réalité sociale sous-jacente. Ainsi la réalité sociale totale se trouvera constituée de deux types d'éléments qui ne seront pas confondus, bien qu'en étroite relation : le *revêtement juridique* d'une part, l'*infrastructure sociale* d'autre part.

Cherchons donc à caractériser sommairement les principaux aspects de ce dualisme. M. Aron en a donné une assez juste analyse : « La notion de réalité juridique,

(256 bis) « Sans même tenir compte des violations sanctionnées, écrit M. Aron, le droit que l'on applique ne se confond pas avec celui qui est écrit » (*Introduction à la Philosophie de l'Histoire*, p. 77).

dit-il, est équivoque. Ou bien en effet on tient pour réelle la conduite des hommes. Le droit économique réel à une époque est le droit tel qu'il a été effectivement appliqué. Une telle réalité serait multiple, incohérente, faite à la fois d'actes observables et d'états psychologiques, ou bien, au contraire, la réalité juridique serait celle des impératifs légaux. La science du droit reconstruite, aussi rationnellement que possible, serait comme la mise en forme idéale de l'interprétation à laquelle procède le juriste » (257).

Chez les philosophes du droit qui se préoccupent de défendre l'autonomie du juridique en face du social, ce dualisme est bien marqué mais parfois trop accentué. Ainsi chez Kelsen : « Leur sens proprement juridique, dit-il, les faits le doivent à une norme qui se rapporte à eux, qui leur confère cette signification juridique, en sorte qu'ils peuvent être interprétés d'après elle. La norme joue le rôle de schéma d'interprétation. Lorsque le juge affirme l'existence d'un certain fait, par exemple d'un délit, il ne s'occupe d'abord que de faits naturels. Son activité ne prend un caractère juridique qu'au moment où il rapproche les faits qu'il a établis de la loi qu'il doit appliquer, où il interprète les faits comme constituant un vol ou une escroquerie. Et il ne peut les interpréter que s'il reconnaît qu'ils forment le contenu d'une norme, qu'ils sont déterminés dans un certain sens par l'ordre juridique » (258).

Cette manière de présenter les choses tend à exagérer l'opposition du juridique et du social. Le social serait le fait naturel ; le droit, le schéma d'interprétation de ce fait naturel. Cette analyse n'est pas tout à fait exacte : Le fait social, bien souvent, est plus qu'un simple fait naturel. C'est un fait naturel qui comporte déjà une certaine interprétation. La propriété, la responsabilité du dommage causé, ne sont pas seulement des faits

(257) *Op. cit.*, p. 118.

(258) *La Méthode et la Théorie Pure du Droit, Revue de Métaphysique et de Morale*, 1934, p. 184.

naturels, ce sont des faits naturels interprétés, auxquels on applique certaines idées. La notion sociologique de propriété comprend, à côté du fait naturel de l'habitation et de l'usage d'un immeuble ou d'un terrain, un certain système d'idées sur les relations existant entre l'usager et la chose. Ne voit-on pas des réalités sociales différentes correspondre à un même fait naturel ? Ainsi, dans le cas de la propriété, au même fait naturel de l'usage d'un bien correspondront des réalités sociales différentes, selon qu'il s'agira d'un gardien, d'un locataire ou d'un propriétaire proprement dit. Aussi bien, la réalité sociale, comme la réalité juridique, comporte une qualification de faits naturels. La réalité juridique ne diffère, à cet égard, de la réalité sociale que parce qu'elle apporte au fait naturel une qualification « officielle », et parfois plus précise, la conscience sociale, pouvant être en effet, comme nous l'avons vu, hésitante sur la qualification à donner aux choses.

Si la qualification des faits se rencontre aussi bien dans le social que dans le juridique, il n'en subsiste pas moins un dualisme entre ces deux termes. Car, bien souvent, la qualification juridique diffère de la qualification sociale. Nous avons longuement analysé dans notre première et dans notre seconde partie les aspects par où les réalités juridiques étaient amenées à diverger d'avec les réalités sociales, d'où elles provenaient et auxquelles elles s'appliquaient. Il est inutile de reprendre ici ces développements. Cet état de choses nous fait comprendre que des revêtements juridiques différents puissent être appliqués à une même réalité sociale.

Nous en avons déjà cité des exemples. En voici quelques autres (259) : Ces années récentes on a cherché à déterminer la situation juridique d'une voiture automobile entreposée chez un garagiste. Deux revêtements

(259) Cf. Desqueyrat, *L'Institution*, *Archives de Philosophie*, vol. XII, c. 1, p. 6.

juridiques ont pu être proposés : le garagiste étant considéré tantôt comme un dépositaire salarié tantôt comme un bailleur d'emplacement. De même, la réalité sociale d'une entreprise peut être analysée juridiquement, soit comme un contrat, soit comme une institution objective. La matière des successions et testaments offre aussi l'occasion d'appliquer à une même réalité sociale des revêtements juridiques différents. Quelqu'un désirant qu'à sa mort la plus grande partie de sa fortune soit affectée à la création et à l'entretien d'une école a le choix, au moins, entre trois revêtements juridiques : il peut instituer un légataire universel auquel sera imposée la charge d'affecter une partie de l'héritage à la création de l'école ; il peut aussi passer un contrat d'assurance au profit d'autrui ; enfin il peut faire une fondation. Lors de l'étude du régime foncier en Tunisie qui a précédé la réforme de 1935 (260), les juristes n'étaient pas d'accord quant à la qualification des terres collectives des tribus. Il s'agissait cependant d'une réalité sociale bien définie pouvant faire l'objet d'observations assez complètes ; or, les uns considéraient ces terres comme domaniales, c'est-à-dire comme propriété de l'Etat tunisien, les autres considéraient qu'elles étaient possédées en pleine propriété par les tribus.

On voit donc bien que le sociologue ne peut se fier aux données juridiques pour déterminer la nature véritable de la réalité sociale. En particulier il lui faudra souvent pour étudier complètement une même réalité sociale, examiner des réalités juridiques assez diverses.

Inversement, à une même forme juridique peuvent correspondre des fonctions sociales différentes. Ainsi la « diathéké », en droit grec, qui a désigné les variétés les plus diverses de dispositions de dernière volonté : donation à cause de mort, transmission fiduciaire, partage d'ascendant, fondation en faveur du culte privé.

(260) Cf. *supra*, note n° 78, p. 46.

Autant d'actes qui, bien que correspondant à une même forme juridique, doivent être soigneusement distingués au point de vue de l'histoire sociale ; aussi, pour l'historien est-il indispensable de savoir reconnaître « derrière » l'écran des formes, les fonctions sociales que ces formes traduisent et transposent dans le monde des normes juridiques (261). De là l'utilité, une fois de plus reconnue, même pour l'historien qui limite ses investigations au seul domaine du droit, de se livrer à des études proprement sociologiques.

En droit constitutionnel, M. René Capitant a bien montré, qu'à une même réalité juridique, pouvait, selon les époques et les circonstances, correspondre des réalités sociales très diverses : « La méthode qui consiste à n'étudier les constitutions que dans les textes, écrit-il, peut conduire à méconnaître la réalité et à confondre les différents types de régimes politiques qui se sont succédés dans l'histoire. Chacun de ceux-ci a eu ses règles propres, parfaitement déterminées, dont on trouve l'exposé dans l'œuvre des écrivains politiques et le reflet dans la pratique de chaque époque, et chacun, à son tour, a valu comme constitution positive. Gouvernement de cabinet, régime parlementaire actuel lui retirant cette prérogative, telle est l'évolution constitutionnelle depuis 1814. Se dégage-t-elle de l'examen des textes ? Le remaniement de la charte de 1830 exprime-t-il l'avènement du parlementarisme ? Quelle revision constitutionnelle signale en 1877 la substitution d'un parlementarisme à l'autre ? Ces transformations se sont faites à l'insu des constitutions écrites. Chacune fut l'œuvre d'un changement de doctrine accompagnant l'avènement au pouvoir de nouvelles couches sociales et de nouvelles équipes politiques. Chaque constitution eut ses noms qui pouvaient servir à la baptiser et à laquelle on la reconnaissait en

(261) Kamps, *Le Problème de la Méthode et la Science Historique des Institutions*, *Revue de l'Institut de Sociologie Solvay*, janvier-mars, 1938 ; nous suivons de près cet article dans les développements qui suivent.

effet, Benjamin Constant pour le gouvernement de cabinet ; Guizot, Broglie, Mac-Mahon pour le parlementarisme dualiste ; Thiers, Grévy, Gambetta pour le parlementarisme où était restreint le rôle du chef de l'Etat. En ces hommes, en leurs doctrines, en leurs drapeaux, les constitutions se sont incarnées et non dans la façade trompeuse des textes immuables qui les ont indifféremment recouvertes » (262).

Précisons un peu plus les rapports entre les formes juridiques et leur fonction sociale : la forme juridique n'est jamais susceptible que d'une adaptation très limitée. Une fois atteint un certain seuil dans son adaptation lente à des besoins sociaux nouveaux, elle cède la place à une forme différente n'ayant souvent aucun rapport de structure avec la première. L'adoption, en droit grec, constitue un exemple caractéristique de ce mode d'évolution et de changement des formes juridiques. Permise d'abord seulement entre vifs, puis autorisée également à cause de mort, elle a perdu sa raison d'être le jour où le souci de la continuation du culte privé a fait place, en matière de testament, au souci de la transmission d'un patrimoine. « Pendant la période de transition, on se créait à Athènes un fils pour une quote part de sa fortune, mais la limite d'adaptation de la forme juridique étant atteinte, l'adoption a bientôt été remplacée par le legs, forme juridique toute différente » (263).

On conçoit les difficultés qui résultent de cet état de choses pour l'historien du droit : s'il s'applique à mettre en relief la perpétuelle évolution des institutions, où les mêmes fonctions sociales revêtent souvent des formes diverses, il risque de sacrifier l'étude juridique des formes à l'étude historique des rapports entre fonctions. Si, au contraire, il s'efforce avant tout de classer systématiquement les formes que l'histoire lui aura permis d'iso-

(262) *La Coutume Constitutionnelle*, Recueil Génv, t. III, p. 6.

(263) Kamps, *loc. cit.*, p. 14.

ler, il devra renoncer à retracer l'évolution des institutions, car les mêmes formes s'adaptent à des fonctions sociales très variées. L'histoire du droit, de même qu'une histoire sociale qui tend à être complète devra comprendre deux ordres d'investigations : recherche des formes juridiques qui ont caractérisé une institution déterminée, recherche des besoins sociaux ayant correspondu à une forme juridique déterminée. Il sera toujours indispensable de maintenir cette dualité des formes et des fonctions, faute de quoi l'histoire du droit comme l'histoire sociale seraient incomplètes et leurs rapports, si étroits, ne seraient pas mis en évidence. Le rapprochement des deux points de vue éclairerait des controverses telle que celle que rapporte M. Kamps (264), entre le juriste Bonfante et l'historien de Sanctis. Pour Bonfante qui se limitait au point de vue formel, il n'y a jamais eu de testament en droit grec parce qu'il n'y a jamais eu d'acte grec dont la structure corresponde au testament ancien avec institution d'héritier. De Sanctis, par contre, se plaçant à un point de vue social, constatait que la fonction du testament était assurée par l'adoption qui, en droit grec, correspondait à l'institution d'héritier du testament romain.

VIE AUTONOME DES FORMES JURIDIQUES

Les formes juridiques peuvent avoir une indépendance encore plus grande vis-à-vis du social. Même lorsque leur fonction sociale première a complètement disparu elles peuvent encore survivre et assurer alors des fonctions sociales d'une toute autre nature. La forme juridique en arrive à vivre par elle-même. Ainsi l'emphytéose, qui était originairement la forme juridique du bail perpétuel en vue de la mise en culture des terres, en est venue à servir aux fins les plus diverses, industrielles, financières, voire même religieuses (265).

(264) Kamps, *loc. cit.*, p. 18.

(265) Kamps, *loc. cit.*, p. 27.

Les formes juridiques qui ont ainsi acquis une vie propre, habilement associées, peuvent permettre d'obtenir, par des moyens juridiquement inattaquables, des résultats en opposition radicale avec l'esprit de la loi. Tout lien est alors coupé avec les réalités sociales. On sait comment, par exemple, le double legs conditionnel a permis de tourner le principe qui interdit les substitutions. On sait aussi l'usage très souple que l'on peut faire des donations en les déguisant sous la forme de contrat à titre onéreux. On se meut alors dans le vaste et complexe domaine du formalisme juridique. Toutefois, cette vie formelle du droit, ces détournements juridiques, si éloignés qu'ils soient des réalités sociales substantielles, n'en ont pas moins une assez grande importance sociale, que des sociologues non juristes seraient peut-être portés à négliger.

D'un point de vue plus large, toute l'histoire du droit nous montre la puissante vie autonome des textes. Souvent ils se détachent des données sociales d'où ils sont issus, ou de la vie sociale qu'ils doivent régler. On les étudie pour eux-mêmes. A toutes les époques, ces phénomènes se manifestent. On sait toute la vie propre des textes de droit romain codifiés par Justinien, toutes les gloses et les interprétations dont ces textes ont été l'objet ; quel travail s'est fait quand, au ^{xii}^e siècle, l'Ecole de Bologne a redécouvert des textes oubliés depuis plusieurs siècles (265 *bis*). Ce n'est pas par une voie sociale, par des traditions vécues et transmises par des collectivités, mais à travers des textes étudiés par des spécialistes, que nous ont été transmises les pratiques juridiques romaines. On conçoit toutes les curieuses déformations d'interprétations qui peuvent ainsi, à travers des textes, être données à des institutions. Le rôle de ces

(265 *bis*) Comment aussi comprendre l'histoire de la discipline ecclésiastique de l'Eglise, tant en Orient qu'en Occident, si l'on ne tient pas compte de la vie, en grande partie autonome, des collections canoniques.

textes est donc un fait social de première importance qu'une sociologie trop simple et trop uniquement retenue par les faits de vie collective, risque de négliger.

On voit donc que si l'on veut saisir la réalité sociale totale, on ne peut absolument pas négliger les réalités juridiques, même lorsque, comme dans les exemples que nous venons de citer, elles paraissent avoir une vie propre. C'est qu'en fait, si autonomes qu'elles paraissent, les réalités juridiques ont leur action sur la vie sociale. Elles peuvent, d'autre part, dans leur évolution, dépendre des conditions sociales. Ainsi, M. Albertario a mis en évidence dans le développement du droit romain postclassique, de multiples influences extérieures, sociales, économiques et religieuses (266).

ORDRE JURIDIQUE ET ORDRE SOCIAL

Si nous arrêtons ici notre analyse du mode d'engagement du droit dans la vie sociale, notre exposé serait incomplet et risquerait d'entraîner une compréhension inexacte des phénomènes. On n'aurait pas assez marqué la nécessité pour la vie sociale de recevoir une expression juridique ni la tendance du droit à l'autonomie.

Nécessité pour le social, tout d'abord, d'accéder au plan juridique. Si le social a ainsi besoin d'une expression juridique, c'est, non seulement parce que cette expression l'ordonne, le clarifie, mais aussi parce que ce n'est, en général, qu'une fois entrées dans l'ordre juridique, que les manifestations de la vie sociale reçoivent protection, que les exigences de justice individuelle et sociale sont satisfaites. Un fait social qui n'a pas atteint le plan juridique, souvent, n'existe pas au regard de la société. De là, cette absolue nécessité pour le social

(266) Il est vrai que certains auteurs, s'opposant aux conceptions de M. Albertario, soutiennent que le développement a été assez indépendant du milieu. Cf. Compte rendu de l'ouvrage de M. Albertario *Introduzione storica allo studio del diritto romano giustiniano*, Milan, 1935, dans RHDF 1937, p. 531.

d'accéder à la vie juridique. Or, ce passage du social au juridique n'est pas immédiat, automatique. Pour des raisons techniques d'abord, politiques ensuite, l'ordre juridique n'accorde pas indifféremment à tout fait social le revêtement juridique.

Raisons techniques en premier lieu : ne pourra devenir juridique qu'un fait social suffisamment déterminé, objectif. Aussi, lorsque ces caractères ne seront pas assez marqués, la reconnaissance juridique ne pourra se faire que si, à l'action sociale spontanée, naturelle, se joint un système de paroles, de gestes, de rites pour en préciser la détermination, l'aspect tangible. Ces « formalités » ont, on le sait, une importance très grande dans les droits primitifs. Au cours de l'évolution du droit on les voit se restreindre ; mais, même dans les droits les plus modernes, les formalités restent un élément essentiel de la vie juridique. Aujourd'hui encore, la vente d'un immeuble ne vaut vraiment à l'égard des tiers que quand certaines formalités de transcription ont été accomplies. Les faits naturels de naissance, ou de décès, n'ont valeur juridique que lorsqu'ont été faites certaines déclarations, certaines inscriptions. D'après les coutumes de l'Eglise, tout récemment encore, canoniquement, le Souverain Pontife n'était considéré comme décédé que lorsqu'un cardinal était venu frapper sur la tête du défunt en déclarant que le « Pape était réellement mort ».

Des raisons politiques s'opposent souvent au passage du social sur le plan juridique : pour des gouvernants le simple fait de refuser la reconnaissance juridique à certaines réalités sociales pourra constituer un moyen très efficace d'atteindre des fins politiques. Certes, on verra des réalités sociales subsister en dehors de l'ordre juridique ; mais leur vie sera appauvrie, gênée. Elles n'obtiendront le bénéfice de la protection juridique que par des moyens détournés, en faisant appel à la fiction.

Ainsi, sous ces deux aspects politique et technique, apparaît une certaine résistance de l'ordre juridique aux exigences de l'ordre social, résistance qui constitue une

des manifestations les plus typiques de la tendance du juridique à l'autonomie vis-à-vis du social. Vie sociale et vie juridique sont vraiment deux aspects distincts de la vie sociale totale. Tout fait social n'a pas immédiatement un écho, un retentissement dans l'ordre juridique. Entre le juridique et le social il n'y a pas parallélisme rigoureux. Tout ce qui se joue sur le plan social ne se joue pas automatiquement sur le plan juridique. Et, même lorsque le phénomène social a une correspondance assez exacte dans l'ordre juridique, un dualisme subsiste. Dualisme d'ailleurs qui ne se manifeste pas seulement dans des phénomènes particuliers mais aussi dans l'ensemble de la vie sociale et juridique. L'ordre juridique forme un tout autonome en face de l'ordre social. Cet ordre juridique est en somme comme un monde clos ayant ses lois, ses notions propres. Certes, il tend à constituer une image du monde social, mais c'est une image schématisée, simplifiée, déformée. Au monde social complexe, et, souvent aussi, vague et imprécis, a été substitué un monde simple, clair et ordonné. C'est dans ces perspectives qu'il faut se placer pour comprendre ce qu'a de fondé la position du positivisme juridique, soucieux de séparer l'ordre juridique (ainsi un système de textes) de l'ensemble des réalités sociales. Cette séparation favorise certainement la clarté, la précision des solutions juridiques. Si l'ordre juridique correspondait trop fidèlement à l'ordre social, il perdrait sa netteté, sa rigueur et ne remplirait plus alors sa fonction technique qui est d'apporter la certitude et la sécurité dans la vie sociale. Mais, si distinct qu'il doive se maintenir du social, le droit ne peut cependant refuser, à son gré, de reconnaître les faits sociaux. C'est un devoir pour l'ordre juridique de chercher à s'adapter toujours mieux à l'ordre social, réserve faite, bien entendu, des tendances contraires au droit naturel, auxquelles il ne saurait accepter de se plier.

Si l'ordre juridique ne suit pas d'assez près les transformations de la vie sociale, il risque d'être laissé de côté par la vie sociale.

Il est d'ailleurs des aspects de la vie sociale que le droit ne peut absolument pas se refuser de reconnaître. Ainsi que le notait Georges Scelle à propos de la reconnaissance des Etats en droit international : « Qu'on le veuille ou non la détention du pouvoir de fait engendre des conséquences inéluctables. Les gouvernements qui détiennent la force et sont obéis matériellement font des actes législatifs, juridictionnels, exécutifs, administratifs, qui se réalisent socialement de manière durable. Proclamer que ces actes sont nuls en droit faute d'investiture régulière de leurs auteurs, c'est, en fait, opposer une affirmation de légalité formelle à un autre principe de légalité transcendante à savoir que, dans un milieu social, il ne peut y avoir de vacances ou de paralysie prolongée de l'ordre juridique » (267).

Si large que l'on puisse faire la part d'autonomie du droit, si impérieuse que soit la nécessité de maintenir l'affirmation des valeurs contre les faits, il reste qu'en beaucoup de cas, la résistance de l'ordre juridique à l'évolution sociale ne s'explique que par un souci exagéré d'autonomie. Le droit est considéré comme un absolu, une chose en soi, alors qu'il n'est finalement qu'un instrument au service de l'ordre social.

Comme le disait Larnaude : « Le droit n'est qu'une forme, une enveloppe puissante, d'autant plus parfaite qu'elle se moule mieux sur l'ensemble des phénomènes sociaux..., mais ces phénomènes changeants, il doit changer aussi » (268).

(267) *Le Droit des Gens et la Guerre civile espagnole, Revue générale de Droit International Public*, 1936, p. 270.

(268) *Les Méthodes du Droit*, p. 28.

CONCLUSION

LES TROIS MOMENTS DE LA DIALECTIQUE DU JURIDIQUE

Au terme de cette étude, nous pouvons revenir au dualisme fondamental que nous dégagions dans notre chapitre liminaire et dont nous disions qu'il constituerait comme le rythme de base de tout notre travail : d'une part, le droit apparaît comme l'âme même de la vie sociale, comme son aspect le plus essentiel ; d'autre part, le droit peut être considéré comme un aspect différencié, autonome de la vie sociale s'opposant à l'ensemble des autres réalités sociales et n'en constituant qu'une partie assez secondaire.

Dans l'interprétation de la vie sociale, selon que l'on s'arrête au premier aspect ou au second, on a d'un côté, le « sociologisme », de l'autre, le « juridisme ».

Les analyses faites au cours de ce travail nous permettent maintenant de dégager de ce dualisme, une « dialectique » du juridique en trois temps dont nous voudrions, en conclusion, noter les traits essentiels.

Premier temps, point de vue du sociologisme : Le droit, c'est le social dans ce qu'il a de plus central, de plus riche, de plus profond ; ceci nous est apparu dans l'étude des divers modes d'élaboration du droit. A première vue, le droit peut sembler une matière sociale assez particulière, mais, lorsqu'il est rattaché à ses origines par l'étude de l'élaboration juridique, il apparaît beaucoup moins technique, plus étroitement dépendant du social. Il procède, pour une très large part, d'un traitement scientifique du donné social, c'est-à-dire d'une élaboration

ration, qui, tout en pénétrant de réflexion la matière sociale et en l'organisant, ne l'altère pas comme pourrait le faire un procédé proprement technique. En tant que construction, le droit est constitué d'apports extérieurs assez éloignés des données immédiates et les plus profondes de la vie sociale ; mais nous avons vu que cette construction, pour pénétrer efficacement la vie sociale, devait rester proche des données positives. D'un point de vue plus particulier, en tant que norme et valeur, le droit n'est pas non plus un élément tout à fait extérieur et étranger à la vie sociale spontanée. Si la norme domine en définitive la vie sociale, elle y est cependant très profondément engagée, elle l'anime, la travaille du dedans comme un ferment, ou, quand elle lui est plus nettement extérieure, elle en respecte les orientations et tendances propres. Enfin, quand il se présente comme résultant d'une déformation imposée au donné social en vue de fins techniques, le droit demeure encore une représentation assez fidèle de la réalité sociale.

Deuxième temps, point de vue du « juridisme » : le droit se présente comme du social différencié. La vie sociale n'est pas toute « unie ». On y découvre des principes de différenciation qui, en particulier, tendent à constituer le droit à part et même à l'opposer aux autres phénomènes sociaux. Différenciations qui, d'abord, ne portent pas directement sur le contenu du droit : mise à part par une opération formelle, revêtement des règles sociales par une contrainte organisée, stabilisation. La différenciation est bien marquée : comme stabilité, le droit s'oppose aux faits plus changeants de la vie sociale ; comme contrainte organisée, il se distingue des activités libres ; mis à part par une opération formelle, il s'oppose aux autres faits sociaux naturels.

Mais la différenciation juridique ne se limite pas à ces aspects comme le voudraient certains théoriciens formalistes du droit. Elle affecte aussi le contenu du droit : tout d'abord la stabilité et la contrainte portent sur une

matière sociale assez déterminée ; de plus, le droit est principalement valeur par opposition aux données plus positives de la vie sociale ; il est extériorité par opposition aux données plus psychologiques et intérieures de la vie sociale ; si le droit est d'abord spontanéité, il est, ensuite et surtout, matière élaborée par réflexion et, même, pure construction, schématisation et conceptualisation laissant de côté les aspects plus nuancés et plus souples de la vie sociale. Le droit ne porte pas sur tous les secteurs de la vie sociale. Il est « localisé » dans des parties bien déterminées.

Ainsi constitué à part des autres réalités sociales, le droit tend à vivre d'une vie autonome : les textes deviennent assez indépendants des données sociales d'où ils sont issus ; les ensembles juridiques, dans leur développement, ne subissent guère l'influence des données sociales extérieures ; et, même lorsqu'il vient constituer un revêtement des réalités sociales, lorsqu'il s'engage dans la vie sociale, le droit maintient son autonomie ; un dualisme subsiste entre la superstructure juridique et l'infrastructure sociale ; entre l'ordre juridique et l'ordre social ; l'ordre juridique garde une cohérence interne, pose des conditions à la reconnaissance juridique des phénomènes sociaux, et ne suit qu'avec une certaine lenteur et des réactions propres, l'évolution de l'ordre social.

Nous avons insisté dans nos analyses sur ces différenciations et ces autonomies parce qu'elles ont une portée sociologique très grande, que souvent l'on ne met pas assez en évidence.

Troisième temps : retour au social. Malgré cette différenciation, le droit reste cependant très dépendant de l'ensemble social, très proche du centre même de la vie sociale.

Tout d'abord, si nous avons pu dégager des principes de différenciation très nets, la différenciation effective ne l'est pas autant. La coupure, la discontinuité entre le

social et le juridique n'est pas toujours très marquée. Souvent même, on passe de façon continue du sociologique au juridique, c'est-à-dire, de la réalité sociale indifférenciée au droit formellement séparé ; de la liberté à la contrainte ; du mouvement à la stabilité ; du droit spontané au droit réfléchi puis à la construction, des réalités sociales intimes, personnelles, affectives aux réalités sociales objectivées, à l'organisation, à ces structures qui ne portent plus aucune idée et dont la détermination laisse la conscience sociale indifférente.

Ensuite, même nettement différencié, le droit se rattache au social, du fait qu'il y trouve ses origines les plus profondes. Il ne se comprend que mis en rapport avec les réalités sociales à partir desquelles il s'est constitué : objectif et extérieur, le droit doit être étudié comme une expression d'une vie sociale plus intérieure, plus psychologique ; les stabilités juridiques doivent être mises en relations avec les faits plus accidentels, plus irréguliers, qui, souvent, leur auront donné naissance ; norme transcendante s'imposant de l'extérieur, le droit n'est cependant, pour une large part, qu'une explicitation et une orientation plus précise des tendances spontanées de la vie sociale.

De plus, cette tendance à la différenciation est comme contrariée par une tendance du droit à atteindre cependant tout le social, à corriger ce que peut avoir d'incomplet et d'imparfait la vision du social qu'il présente. Bien qu'extérieur, le droit tend cependant toujours à atteindre les intentions, à tenir compte des dispositions intimes ; bien que stabilité, le droit sait s'adapter à l'évolution sociale ; bien que contrainte, le droit laisse une place assez large à l'autonomie de la volonté ; enfin le droit, aspect réfléchi de la vie sociale, tend à pénétrer de conscience la totalité des manifestations de la vie sociale.

Quoique différencié, le droit n'est cependant pas une fin en soi. Il n'a son plein sens qu'engagé dans la vie sociale. Ainsi engagé, il a une action sur le social, mais,

en retour, le social le précise, le détermine, le transforme même. De plus, si différent qu'il puisse être parfois des données sociales immédiates, il est, en grande partie, accepté, et ainsi, fait retour au social après s'en être écarté. Nous pensons donc avoir montré, en quoi le droit était social, et, en même temps, en quoi il était différencié et constituait un ensemble qui devait être distingué des autres réalités sociales.

AMBIGUITÉ DE L'IMPORTANCE SOCIALE DU DROIT

Pour préciser le caractère social de la réalité juridique, groupons les observations présentées de façon un peu dispersée dans différentes parties de notre étude, sur la portée, sur l'importance sociale du droit. Il semble que nous nous trouvions en présence d'une ambiguïté fondamentale. Par certains aspects, le droit est un élément secondaire de la vie sociale ; par d'autres, il y joue un rôle de premier plan.

Aspects négatifs et secondaires : le droit, réduit aux seules réalités juridiques formelles, est une faible partie de la vie sociale ; stabilité, il est une sclérose et une mécanisation ; extériorité, objectivité, il est une expression appauvrie de la vie sociale profonde, un facteur d'affaiblissement de l'élan spirituel qui doit animer la société ; élaboration réfléchie, surtout dans sa tendance logique et conceptuelle, le droit ne manifeste pas les aspects les plus substantiels de la vie sociale.

Aspects positifs : au contraire, le formalisme assure une détermination et une exacte connaissance des règles de droit et constitue ainsi un élément essentiel d'ordre et de sécurité ; les stabilités assurent la conservation de tout ce qu'une société a créé de plus riche en même temps qu'elles sont une condition fondamentale d'un progrès fécond ; la réflexion et l'élaboration scientifique du droit sont une des manifestations les plus caractéristiques du progrès de la conscience, de la pénétration

de la vie sociale par la raison qui, loin d'étouffer la vie, de la diminuer, lui donne, au contraire, toute sa valeur, toute sa signification. Enfin, le droit comme extériorité est la nécessaire expression d'une vie sociale plus intime qui, sans ce moyen, ne pourrait se communiquer ; la condition de l'incarnation des valeurs spirituelles dans l'ordre temporel.

VERS UN ÉLARGISSEMENT
DES POINTS DE VUE DU JURISTE ET DU SOCIOLOGUE
ET UNE PLUS LARGE COMPÉNÉTRATION DU DROIT
ET DE LA SOCIOLOGIE

Ainsi, notre étude aboutit, non pas à poser les fondements d'une discipline nouvelle, la sociologie juridique (dès notre introduction nous avons formulé des réserves sur l'autonomie et l'indépendance de cette branche de la sociologie), mais à élargir à la fois les points de vue du sociologue et ceux du juriste et à montrer la très large compénétration du droit et de la sociologie.

Elargissement de points de vue : nous avons mis en évidence des aspects juridiques de la vie sociale que le sociologue est, en général, porté à négliger : formalisme, vie autonome des réalités juridiques, ayant une portée sociale parfois très grande. Nous avons montré combien le droit et la science juridique étaient riches de données sociologiques ; données que le sociologue néglige souvent, reprenant par lui-même et de façon moins pénétrante, des recherches déjà faites par le juriste. Nous avons montré aussi combien le sociologue gagnerait à utiliser davantage ces procédés logiques, ces constructions de systèmes, qui donnent à la science du juriste tant de force de pénétration des réalités sociales. Quant au juriste, nous avons constaté combien sa science gagnerait à se préoccuper davantage des origines et des applications sociales du droit. Rattaché à ses origines, le droit est mieux compris ; considéré dans son fonc-

tionnement dans la vie sociale, le droit présente des aspects qu'une étude interne ne manifestait pas.

Compénétration du droit et de la sociologie. C'est là une conclusion fondamentale de notre travail. Droit et sociologie, après les analyses qui ont été faites, apparaissent, non comme deux disciplines juxtaposées, séparées, mais comme deux disciplines qui se compénètrent et qui, même dans les parties qui leur sont propres, restent en étroite relation.

Notre étude nous permet ainsi d'apporter une contribution au problème de l'organisation de la science du droit spécialement dans ses rapports avec la science sociale.

Tout d'abord il faut signaler une équivoque fondamentale qui nuit beaucoup à une bonne organisation de la science juridique. Cette équivoque réside essentiellement en ce que les fins théoriques de la science juridique, en général, ne sont pas en accord avec ses fins pratiques. Désaccord qui peut avoir deux aspects opposés.

Premier aspect : le droit théoriquement se présente comme une discipline n'étudiant la vie sociale que sous l'angle strictement juridique. Conception pure et très nette d'où résulte une division des problèmes d'après des points de vue juridiques. Ainsi on ne traitera que des réalités juridiques formelles, des stabilités juridiques, des règles revêtues de contrainte organisée. Les faits sociaux qui n'ont pas été juridiquement mis à part, les faits sociaux de mouvement, les règles qui ne sont pas associées de contrainte, ne seront pas étudiées. Cette division de problèmes serait satisfaisante si l'on s'en tenait véritablement à un point de vue juridique, encore que, comme nous l'avons montré, de tels points de vue ne se suffisent pas à eux-mêmes ; mais, en fait, le droit tiendra, précisément parce qu'il sent l'insuffisance de ces perspectives, à aborder beaucoup d'autres aspects de la vie sociale qui ne seront plus directement juridiques ; il deviendra alors une sociologie. Mais cette sociologie

sera faussée, parce que les faits sociaux seront abordés d'après des points de vue très particuliers qui empêcheront de voir certains rapports, certaines continuités entre des catégories de faits qui, au point de vue juridique, sont distingués.

Equivoque inverse : par d'autres aspects, le droit se présente, en théorie, comme une sociologie : les matières juridiques sont distribuées d'après les grands types de phénomènes sociaux, et non d'après des points de vue juridiques. On étudie successivement la famille en droit civil, la vie économique et financière en droit commercial, la vie administrative et politique en droit administratif et constitutionnel, la vie internationale en droit international, la vie judiciaire en procédure. Mais, en fait, ce droit n'est pas une sociologie véritable. Bien que touchant tous les problèmes, il les voit cependant sous l'angle particulier du juriste, négligeant beaucoup de questions importantes.

Ainsi, nous trouvons dans le droit comme deux tendances d'organisation qui l'une et l'autre sont équivoques. Cet état de choses fait comprendre pourquoi en pratique il est si difficile de coordonner le droit avec les autres sciences sociales.

Quoi qu'il en soit de ces difficultés, sans attendre qu'elles soient résolues, ne peut-on souhaiter une meilleure orientation et présentation des sciences juridiques.

Puisque, comme nous l'avons montré, le droit n'atteint pas tout le social, bien qu'il soit cependant en rapports étroits avec la plupart des faits sociaux, il faudra que le juriste ait le sens de l'insuffisance de sa propre recherche, sente le besoin de compléter ses études par des données empruntées aux autres sciences sociales et, qu'en même temps, il se préoccupe davantage de l'origine sociale comme de l'incidence sociale du droit ; certes ces préoccupations existent déjà, mais, on les voudrait plus conscientes et plus efficaces.

Quant à la sociologie, elle devra de son côté, en se

constituant, tenir compte davantage du droit, épuiser d'abord tout ce que le droit comporte d'excellente science sociale avant de poser les problèmes. Elle devra, ensuite, tenir compte, plus qu'elle ne l'a fait jusqu'ici, de la place et du rôle des phénomènes juridiques dans la vie sociale, substituer à une sociologie trop « unie », une sociologie plus complexe où le juridique ait sa place organique.

Dans une perspective plus idéale, ne pourrait-on souhaiter que le droit et la sociologie tendent à unir autant que possible leurs enseignements, que de solides études sociologiques soient la base préalable indispensable de l'étude du droit, que la science juridique s'engage de façon plus profonde dans la connaissance de la réalité sociale. Avant d'être une technique, le droit n'est-il pas la première des sciences sociales ?

PLURALISME DU DROIT DANS SON CONTENU ET SES MODES D'ÉLABORATION

De toute cette étude et des conclusions où nous venons de la résumer se dégage une conception à la fois souple et pluraliste du droit. Impossible d'enfermer l'essence du droit dans une seule idée, dans un seul principe ; le droit est un phénomène social aux multiples aspects. Impossible aussi de concevoir la structure du droit avec des arêtes bien tranchées ; dans toutes ces manifestations de la vie juridique rien de bien net, ou, du moins, ce qui est net, ce sont des tendances fondamentales ; mais leur réalisation est plus ou moins complète et, dans le jeu de la vie juridique, elles s'associent, se combinent, s'opposent de manières fort diverses.

Rappelons, et ce sera une autre façon de prendre une vue d'ensemble de ce travail, les aspects de ce pluralisme et du caractère très nuancé du droit.

Pluralisme des aspects de l'élaboration juridique : le droit est tantôt création spontanée, tantôt création ré-

fléchie. Cette création réfléchie, elle-même, peut être simplement une prise de conscience et une organisation du donné social sans qu'il y ait apport d'éléments nouveaux, c'est le moment scientifique de l'élaboration juridique, ou bien, moment proprement créateur, une création véritable qui apporte des structures sociales nouvelles. Et ce moment créateur à son tour, présente des aspects assez différents : création apportant directement une matière sociale nouvelle ou bien création d'ordre technique, en ce sens qu'elle a pour effet de donner à la réalité sociale les caractères qui lui permettront de satisfaire aux exigences de précision et de schématisation auxquelles est soumis le droit. Enfin, la création proprement sociale peut être, elle-même, soit directement éthique, c'est tout le problème de l'intégration des valeurs dans la vie sociale, soit une création d'organismes sociaux nouveaux qui n'ont plus qu'indirectement un but éthique.

Pluralisme du contenu du droit ensuite : sans doute, comme nous venons de le voir, le droit n'a pas indifféremment n'importe quel contenu social. Mais, s'il se situe dans des domaines assez particuliers de la vie sociale, il conserve, là encore, une assez grande variété d'aspects : matière sociale pénétrée par la réflexion, ayant fait l'objet d'une prise de conscience et ainsi objectivée ; matière sociale dans ses aspects normatifs, éthiques, d'incarnation de valeurs ; matière sociale dans ses aspects extérieurs, tangibles, logiques, uniformes et universels, par opposition aux aspects plus intérieurs et plus personnels, moins directement atteints ; réalité sociale stable, permanente, appartenant à la catégorie des institutions ; règle sociale faisant l'objet d'une contrainte. Et, dans tout ce pluralisme, rien de rigide, de « géométrique », mais la souplesse et le caractère nuancé des choses de la vie.

De ces caractères, aucun ne l'emporte, de telle façon qu'on puisse considérer les autres comme véritablement secondaires. La prédominance de l'un ou de l'autre dé-

pend des situations concrètes. Ensuite, ces caractères ne sont pas possédés de façon exclusive ; le droit n'en a pas le monopole. Ils se rencontrent en dehors du droit. L'objectivation par prise de conscience, l'aspect de valeur, l'extériorité, la stabilité, la contrainte, sont des phénomènes sociaux fondamentaux qui débordent le domaine juridique. Enfin, dès que nous approfondissons un peu la nature de chacun de ses aspects du droit, nous reconnaissons qu'ils sont rarement possédés avec une pleine pureté ; chaque caractère est toujours plus ou moins mélangé du caractère opposé correspondant ; ceci est dû, en partie, au fait que le droit, réagissant, en quelque sorte, contre sa localisation dans des secteurs déterminés du social, a toujours tendance à en atteindre le domaine entier : l'aspect réfléchi du droit n'exclut pas d'autres aspects plus spontanés ; éthique et normatif, le droit est cependant aussi constitué d'éléments très positifs ; extérieur et tangible, le droit est, aussi, riche de données intérieures, psychologiques et affectives ; bien que stabilité, le droit n'est pas parfaitement rigide, il évolue. Contrainte, le droit laisse cependant beaucoup de place à l'autonomie des volontés. Réalité formellement mise à part des autres faits sociaux, le droit est cependant souvent presque confondu avec la vie sociale, ou, du moins, n'en peut être aisément distingué.

Quant aux divers modes d'engagement de la réalité sociale dans la vie sociale, nous en avons aussi noté la diversité très nuancée, depuis la parfaite acceptation jusqu'à la violation ouverte, en passant par les formes intermédiaires si souples, de correspondance entre le juridique et le social.

Telle est donc la riche et vivante complexité du droit. Complexité qui n'exclut pas l'unité. Mais cette unité ne se manifeste pas dans les apparences, d'une si grande diversité, mais dans quelques tendances fondamentales qui leur sont sous-jacentes et les expliquent.

Au delà de l'étude immédiate des rapports entre droit et sociologie, entre réalité juridique et réalité sociale, nous avons été amenés indirectement à toucher certains problèmes plus généraux de sociologie : dualisme de la création propre et de l'emprunt ; de la vie spontanée et de la prise de conscience ; fonctions des valeurs dans la vie sociale et conditions de leur engagement ; structure tantôt continue, tantôt discontinue du social ; dualisme du spirituel et du sensible, de la mystique et de l'organisation de « l'objectif » et de « l'objectivé » ; part respective et relations de la stabilité et du mouvement ; de la contrainte et de la liberté ; du formel et du réel.

Ces problèmes, nous n'avions pas à les étudier pour eux-mêmes ; mais, voulant préciser et pousser plus profondément certaines analyses, nous avons été amenés naturellement à les rencontrer. Ainsi, une fois de plus, s'est trouvée signalée l'importance, pour les études de sociologie particulières, d'une sociologie générale approfondie et déliée. Malheureusement nous ne possédons pas encore une théorie de la vie sociale suffisamment élaborée. Aussi certaines des questions plus générales que notre étude nous a fait rencontrer, n'ont-elles pu recevoir qu'un commencement de solution. C'est le cas tout spécialement des rapports entre l'idée et la structure sociale, la mystique et l'organisation.

De même que nous avons été amenés à poser des problèmes fondamentaux de la sociologie dépassant le cadre de ce travail particulier, de même se sont présentées des questions de méthode touchant l'ensemble des sciences sociales.

Nous avons tout d'abord reconnu la nécessité d'éviter la confusion, dans une même notion insuffisamment analysée, d'éléments de nature différente. Ainsi nous avons trouvé dans l'élaboration du droit, sous l'idée de technique, deux idées nettement distinctes : celle de tech-

nique sociale et politique, et celle de technique juridique proprement dite. La création, dans l'élaboration juridique, présente aussi des aspects qu'il convient de distinguer soigneusement : l'apport d'éléments éthiques et normatifs, la création d'organismes sociaux assurée par des procédés de technique sociale ; enfin la technique proprement juridique. Dans le « donné », nous avons aussi introduit la distinction absolument essentielle, insuffisamment marquée par Gény, de *donné brut* d'une part, de *donné pénétré de réflexion* et organisé par la science, d'autre part.

En ce qui concerne la distinction des disciplines entre elles, nous nous sommes opposés au compartimentage, à la séparation exagérée des sciences et des méthodes, cherchant à montrer combien était factice l'opposition entre science et technique, entre science positive et science normative. Nous avons, certes, maintenu des distinctions, mais, davantage, insisté sur les rapports et les interpénétrations. Nous avons noté aussi combien on appauvrisait et faussait la science sociale lorsqu'on la fragmentait en disciplines spéciales d'après des critères secondaires et superficiels, qui, légitimes à des points de vue particuliers, appliqués de façon trop générale, faisaient perdre de vue la continuité des divers éléments de la vie sociale. Ainsi nous avons montré que c'est une erreur de séparer, pour les étudier dans leur entière réalité sociale, les institutions et les faits politiques, les règles entrées dans le système juridique formel et celles qui ne sont pas encore reconnues juridiquement ; les idées sociales et les organismes sociaux.

Préoccupation de portée encore plus générale : nous avons visé à équilibrer, à harmoniser les si nombreuses positions radicales « monistes » que l'on rencontre en philosophie du droit et sociologie. Dans l'état actuel des sciences sociales, il nous a semblé qu'il importait moins de se livrer à un travail de création originale, que d'assurer une harmonisation, une organisation de théories,

de conceptions très diverses et souvent opposées. Aussi n'avons nous cherché principalement qu'à constituer cet ensemble complexe de positions, de conceptions, en un tout organique et cohérent. Ayant rencontré trop d'études qui n'étaient que de stériles critiques, un travail de rapprochement nous a paru plus nécessaire.

En vue de prévenir des orientations malheureuses, nous avons aussi tenté de préciser ce besoin assez vague mais très vigoureux qui porte le droit vers la sociologie. Nous avons cherché à éviter aussi bien une dissolution du droit dans la sociologie que l'affirmation d'une autonomie radicale du droit, s'enfermant sur lui-même pour se protéger de la contamination sociologique.

Au terme de ce travail, il convient peut-être de rappeler le but qui a été poursuivi afin que l'on ne s'étonne pas de l'absence de certaines précisions.

Nos analyses sur les rapports entre le droit et la sociologie, la nature comparée de la réalité juridique et de la réalité sociale n'ont nullement prétendu être parfaitement précises et achevées. Nous avons seulement tendu à indiquer un mouvement de recherche, mouvement fait du jeu alterné d'analyses positives concrètes et de réflexion philosophique. Nous avons senti qu'une étude du droit et de son passé qui n'est pas soulevée et animée par une réflexion philosophique risquait de demeurer sans portée profonde ; de même qu'à l'inverse, une philosophie du droit qui ne se nourrit pas d'une réflexion concrète sur les données juridiques positives est pauvre et abstraite. Dans cette orientation de recherches, des résultats précis ne peuvent être obtenus qu'après de nombreuses analyses concrètes ; les proportions de ce travail ne nous ont permis que d'en amorcer quelques-unes. Mais nous pensons avoir fait cependant œuvre utile, si nous avons pu ainsi contribuer à créer un climat de recherche, à dégager des idées directrices, à suggérer des hypothèses de travail.

Nous n'avons pas non plus cherché à aboutir à une notion très précise de la sociologie. A ce point de vue aussi notre objectif était plus restreint. Nous visions seulement, prenant pour position centrale le domaine des phénomènes juridiques, à caractériser les phénomènes sociaux qui étaient en contact avec le juridique ou s'y rattachaient. Ainsi avons-nous eu à déterminer la nature des faits culturels, des faits de stabilité, d'activité non contrainte, etc. Par là, nous mettions en évidence un certain nombre de catégories de faits sociaux relevant de la science sociale, donc de la sociologie. En effet nous pensons que cette notion de la sociologie entendue comme l'étude la plus exhaustive possible de la vie sociale, notion que nous avons utilisée tout au long de notre travail, mérite en définitive d'être retenue, car, éthymologiquement, le terme sociologie signifie l'étude des faits sociaux en général. On ne voit pas pourquoi on prétendrait le réserver à une catégorie particulière de faits sociaux, les faits de stabilité par exemple comme le voulait Durckheim, ou bien encore les faits culturels. Le droit tout spécialement, science des faits sociaux juridiques, est une branche de la sociologie, du moins dans son aspect scientifique dont nous nous sommes longuement attachés à montrer l'importance. Le droit ne s'oppose donc pas à la sociologie ; il en est une branche.

Il est une raison plus importante encore de ne pas réserver le terme de sociologie à une catégorie particulière de faits sociaux : c'est que l'on risque dans ces perspectives restreintes de fragmenter artificiellement la vie sociale et de perdre de vue les relations des faits sociaux entre eux et les phénomènes sociaux d'ensemble. C'est ainsi, en particulier, que nous avons insisté sur les relations étroites existant entre les phénomènes juridiques et les autres faits sociaux, relations qui n'étaient pas aperçues dans une conception des sciences sociales où le droit était traité à part.

On pourra reprocher à cette notion de la sociologie

d'être en somme assez vague, de ne pas présenter des contours bien définis. Nous n'en avons en effet précisé le domaine que pour les phénomènes sociaux qui touchaient les phénomènes juridiques. A cela devait se borner notre tâche. Il appartient à des recherches faites parallèlement à la nôtre à partir de phénomènes sociaux fondamentaux tels que les faits économiques ou politiques, de poursuivre cette détermination du champ et de la structure du domaine social. Des tentatives nombreuses ont déjà été faites en ce sens. Il faudrait les poursuivre dans un effort d'approfondissement et de plus grande coordination.

Notre travail ne forme donc pas en soi quelque chose d'achevé qui se suffise à lui-même. Il n'est qu'un élément d'un ensemble plus vaste dont les années à venir verront, nous l'espérons, la constitution.

Vu : *Le Doyen,*

G. RIPERT.

Vu : *Le Président de la Thèse,*

A. MESTRE.

Vu et permis d'imprimer :

Le Recteur de l'Académie de Paris,

Gilbert GIDEL.

BIBLIOGRAPHIE

PHILOSOPHIE SOCIALE ET SOCIOLOGIE GÉNÉRALE

Etudes plus spécialement utilisées

- ARON R. *Introduction à la philosophie de l'Histoire*, Gallimard, 1937.
- BUREAU P. *Introduction à la méthode sociologique*, Bloud, 1923.
- DURCKHEIM E. *Les Sciences sociales*, *Revue philosophique*, 1903, 1^{er} sem., p. 480 sq.
- FESSARD G. *Pax Nostra*, Grasset, 1936.
- GURVITCH G. *Essais de sociologie*, Sirey, 1938.
- LEMONNYER, TONNEAU, TROUDE. *Manuel de Sociologie*, Marseille, Publiroc, 1934.
- HAURIUO M. *La Science Sociale traditionnelle*, Larose, 1896.
- HAURIUO M. *Leçons sur le mouvement social*, Larose, 1899.
- MADINIER G. *Conscience et Amour*, Alcan, 1938.
- MAUSS M. *Article Sociologie*, *Grande Encyclopédie*.
- MAUSS M. *Divisions et proportions des divisions de la sociologie*, *Année sociologique*, nouvelle série (1924-25), t. II, fasc. 1.
- MAUSS M. *Fragment d'un plan de sociologie générale descriptive*, *Annales sociologiques*, série A, fasc. 1, 1934, p. 41 sq.
- SEIGNOBOS C. *Etudes de politique et d'histoire*, chapitre sur les conditions pratiques de la recherche des causes dans le travail historique, Alcan, 1937.
- Semaines Sociales de France*, Gabalda, spécialement 1929 (la Charité), 1936 (Conflits de civilisation), 1937 (La personne humaine en péril).
- SIMIAND F. *Le Salaire, l'Evolution sociale et la Monnaie*, 3 v., Alcan, 1932, spécialement l'Introduction.
- SOROKIN G. *Les Théories Sociologiques contemporaines*, Payot, 1938.
- SMETS G. *Histoire et Sociologie*, *Revue de l'Institut de Sociologie Solvay*, 1926.
- STURZO L. *Essai de Sociologie*, *Cahiers de la Nouvelle Journée*, Bloud, 1935.

- STURZO L. *L'Eglise et l'Etat*, Editions sociales Internationales, 1937, Introduction.
- WEBER M. *Wirtschaft und Gesellschaft*, chapitre sur la sociologie juridique.

PHILOSOPHIE ET THÉORIE GÉNÉRALE DU DROIT

- AILLET J. *Droit et Sociologie*, *Revue de Métaphysique et de Morale*, 1923, pp. 97-119 et 461-476.
- AILLET J. *Sur les Rapports de la Philosophie et du Droit*, APDS, 1931, c. 3-4.
- Annuaire de l'Institut de Philosophie du Droit et de Sociologie juridique*, Sirey, in-8°.
- T. I, *Le Problème des Sources du Droit*, 1934.
- T. II, *Droit, Morale et Mœurs*, 1936.
- T. III, *Les Buts du Droit*, 1938.
- BINDER. *System der Rechtsphilosophie*, nouvelle éd., Stilke, Berlin, 1937.
- BOBBIO N. *Scienza e Tecnica del Diritto*, Torino, 1934.
- BOBBIO N. *L'Analogia nel Diritto*, Torino, 1938.
- BONNECASE J. *Science du Droit et Romantisme Juridique*, Sirey, 1928.
- BONNECASE J. *Introduction à l'Etude du Droit*, Sirey, 1931.
- BONNECASE J. *La Pensée juridique française, de 1804 à l'heure présente*, 2 v., Bordeaux, Delmas, 1933.
- BOUGLÉ C. *Sociologie et Philosophie du Droit*, Cours lithographié de la Sorbonne, *Les Cours de Sorbonne*, 1936.
- BRETHER DE LA GRESSAYE J. *Le Pouvoir disciplinaire dans les Institutions privées*, Sirey, 1938.
- BURDEAU G. *La Règle de Droit et le Pouvoir*, APDS, 1937, c. 3-4.
- BURDEAU G. *Essai sur l'Evolution de la Notion de Loi en Droit français*, APDS, 1939, c. 1-2.
- CAPITANT H. *Introduction à l'Etude du Droit*.
- CAPITANT R. *Introduction à l'Etude de l'Illicite, L'Impératif juridique*, Pedone, 1928.
- CARLE G. *La Vita del Diritto nei suoi rapporti colla vita sociale*, Turin, Bocca, 1890.
- CARRÉ DE MALBERG R. *Introduction à la Théorie générale de l'Etat*, Tenin, 1920.
- CARRÉ DE MALBERG R. *La Loi Expression de la Volonté Générale*, Sirey, 1931.
- CARRÉ DE MALBERG R. *Confrontation de la théorie de la formation du Droit par degrés avec les Institutions consacrées par le droit positif français*, Sirey, 1933.

- CARRÉ DE MALBERG. (*Mélanges*), Sirey, 1933.
- CLEMENS R. *Personnalite morale et personnalité juridique*, Sirey, 1935.
- Code civil (Le Livre du Centenaire du)*, Rousseau, 1904.
- CRUET J. *La Vie du Droit et l'Impuissance des Lois*, Flammarion, 1908.
- CUCHE P. *Conférences de Philosophie du Droit*, Sirey, 1928.
- DABIN J. *La Philosophie de l'Ordre juridique positif*, Sirey, 1929.
- DABIN J. *La Technique de l'Elaboration du droit positif*, Sirey, 1935.
- DAVY G. *Le Droit, l'Idéalisme et l'Expérience*, Alcan, 1922.
- DAVY G. *L'Evolution de la pensée juridique*, *Revue de Métaphysique et de Morale*, 1921.
- DEKKERS R. *La Fiction juridique*, Sirey, 1935.
- DELOS (R. P.). *La Société internationale et les Principes du Droit Public*, Pedone, 1931.
- DELOS (R. P.). *La Théorie de l'Institution*, APDS, 1931, c. 1-2.
- DELOS (R. P.). *Droit et Morale*, APDS, 1933, c. 1-2.
- DELOS (R. P.). Introduction au *Manuel de Sociologie* de Lemonnyer, cf. Lemonnyer.
- DELOS (R. P.). *Les Caractères du Droit en comparaison avec les autres Règles de la vie sociale*, AIIPD, t. III, 1938.
- DEMOGUE R. *Les Notions fondamentales du Droit privé*, Rousseau, 1911.
- DESQUEYRAT A. *L'Institution, le Droit objectif et la Technique positive*, Sirey, 1933.
- DESQUEYRAT A. *L'Institution*, *Archives de Philosophie*, vol. XII, c. 1, p. 6 sq.
- DESQUEYRAT A. *La part d'Immuable et de Variable dans le régime des Libertés*, *Semaines Sociales de France*, Rouen, 1938.
- DUGUIT L. *Le Droit social, le Droit individuel et les Transformations de l'Etat*, Alcan, 1908.
- DUGUIT L. *Transformations du Droit privé depuis le Code Napoléon*, Alcan, 1912.
- DUGUIT L. *Transformations du Droit public*, Colin, 1913.
- DUGUIT L. *Traité de Droit Constitutionnel*, de Boccard, 1922-27, 5 v.
- DUPEYROUX M. *Les Grands Problèmes du Droit*, APDS, 1938, c. 1-2.
- EISENMANN Ch. *Deux Théoriciens du Droit*, Duguit et Hauriou, *Revue Philosophique*, 1930, 1^{er} sem., p. 231 sq.
- EHRlich E. *Grundlegung der Soziologie des Rechts*.

- EHRLICH E. *Die juristische Logik*, Tubingen, 1925.
- ESCARRA J. *La conception chinoise du Droit*, APDS, 1935 c. 1-2.
- GAUDEMET J. *L'œuvre de Saleilles et l'œuvre de Gény en méthodologie et philosophie du droit*, Recueil Gény, p. 5 sq.
- GÉNY F. *Méthode d'Interprétation et Sources en Droit privé positif*, Chevalier Maresq, 1899.
- GÉNY F. *Science et Technique en Droit privé positif*, 4 v., Sirey, t. I, 1913, t. II, 1915, t. III, 1921, t. IV, 1925.
- GÉNY. (*Recueil sur les Sources du Droit en l'Honneur de François*), 3 v., Sirey, 1934. Cité : « Recueil Gény ».
- GIERKE O. *Allgemeine Staatslehre*.
- GINSBERG P. *La Philosophie du Droit de Stammler*, APDS, 1932, c. 3-4.
- GURVITCH G. *Le Temps présent et l'idée de Droit Social*, Vrin, 1931.
- GURVITCH G. *L'idée de Droit Social*, Sirey, 1932.
- GURVITCH G. *L'Expérience juridique et la philosophie pluraliste du Droit*, Sirey, 1935.
- HAESERT J. P. *Contingences et Réalités du Droit*, Champion, 1933.
- HAESERT J. P. *La Technique juridique*, APDS, 1939, c. 1-2.
- HAURIOU M. *Précis élémentaire de Droit administratif*, Sirey, 1925 et éditions ultérieures.
- HAURIOU M. *Précis élémentaire de Droit Constitutionnel*, Sirey, 1929 et éd. ultérieures.
- HAURIOU M. *Aux Sources du Droit*, *Cahier de la Nouvelle Journée*, n° 23, Bloud et Gay, 1933.
- HAURIOU M. *Leçons sur le mouvement social*.
- HAURIOU (*Mélanges*), Sirey, 1929.
- HUBERT R. *Science du Droit, Sociologie juridique et Philosophie du Droit*, APDS, 1931, c. 1-2.
- HUBERT R. *Sur quelques faits caractéristiques de différenciation juridique*, APDS, 1936, c. 1-2.
- IHERING R. *La lutte pour le Droit*, tr. Meulenaere, Maresq, 1890.
- IHERING R. *L'Esprit du Droit Romain*, tr. Meulenaere, 4 v., 1887, Maresq.
- IHERING R. *L'Evolution du Droit*, tr. Meulenaere, Maresq, 1901.
- IHERING R. *Etudes complémentaires sur l'Esprit du Droit Romain*, tr. Meulenaere, Maresq, 1904.
- JELLINEK G. *L'Etat Moderne et son Droit*.
- JOSSERAND L. *De l'Esprit des Droits et de leur relativité*, Dalloz, 1925.

- KAMPS W. *Le Problème de la Méthode et la science historique des Institutions*, *Revue de l'Institut de Sociologie Solvay*, janvier-mars 1938, p. 11 sq.
- KELSEN H. *Hauptproblem der Staatsrechtslehre*, Tubingen, 1911.
- KELSEN H. *Der Soziologische und der juristische Staatsbegriff*, Tubingen, 1922.
- KELSEN H. *Aperçu d'une Théorie générale de l'Etat*, *Revue de Métaphysique et de Morale*, 1926.
- KELSEN H. *Reine Rechtslehre*, Vienne, 1934.
- KELSEN H. *La Méthode et la notion fondamentale de la Théorie pure du Droit*, *Revue de Métaphysique et de Morale*, 1934, p. 183.
- KORKOUNOV V. *Théorie générale du Droit*, tr. Tchernoff, Giard, 1903.
- KRALYEVITCH N. *La Portée théorique du glissement du Droit vers la Sociologie*, Sirey, 1939.
- LAMBERT E. *La Fonction du Droit civil comparé*, Giard, 1903.
- LAMBERT E. *L'Enseignement du Droit comme Science sociale*, Giard, 1928.
- LAMBERT (Recueil d'Etudes en l'Honneur d'Edouard), Introduction à l'Etude du Droit Comparé, Sirey, 1938, 3 v. Cité : « Mélanges Lambert ».
- LAMBERT E. *Sources du Droit Comparé ou supranational*, *Recueil Gény*, t. III.
- LECLERCQ J. *Traité de Droit Naturel*, Namur, Weynael, t. I, 1934.
- LE FUR L. *Les Grands Problèmes du Droit*, Sirey, 1937.
- LE FUR L. *Les Règles générales du Droit de la Paix*, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1935, t. LIV.
- LÉVI A. *La Société et l'Ordre Juridique*, Doin, 1911.
- LÉVI A. *Contributi ad una teoria filosofica del' ordine giuridico*, Fornigini, 1914.
- LÉVY E. *Les Fondements du Droit*, Alcan, 1933.
- LÉVY-ULLMANN H. *Eléments d'Introduction à l'étude des Sciences juridiques*, t. I : *La définition du Droit*, 2^e éd., Sirey, 1924.
- LUCIEN-BRUN (R. P.). *Une Conception moderne du Droit : Léon Duguit*, *Archives de Philosophie*, 1927, Beauchesne, vol. 4, cahier 3.
- MANKIEWICZ. *La Théorie du Droit de Carl Schmitt*, *Vie Intellectuelle*, 1937, t. LX, p. 59.
- MARTYNICK. *Le Problème de l'Unité des fondements de la Philosophie du Droit de Kelsen*, APDS, 1937, c. 1-2.
- MARKOVITCH M. *La Doctrine sociale de Duguit*, Bossuet, 1933.

- MASPETIOL L. *Garantie du Droit et Dynamisme social*, APDS, 1938, c. 1-2.
- MÉNARD A. *Essai d'un Traitement biologique de la notion de Droit*, Sirey, 1934.
- Méthodes du Droit (Les)*, Recueil de conférences "par Gény, Thaller, Tissier, Larnaude, Giard, 1911.
- MICELI V. *Lezioni di filosofia del Diritto*, Naples, 1914, 2 v.
- MICHOUD L. *Théorie de la personnalité morale*, Pichon, 1906, 2 v.
- MORIN G. *La Crise de la Loi et du Contrat*, Bulletin de la Société Française de Philosophie, 1924.
- MORIN G. *Sens des Transformations contemporaines du Droit*, Revue de Métaphysique et de Morale, 1927.
- MORIN G. *L'Abus du Droit et les relations du Réel et des Concepts dans le domaine juridique*, Revue de Mét. et de Mor., 1929.
- MORIN G. *Vers la révision de la Technique juridique*, APDS, 1931, c. 1-2.
- PACHE A. *La Coutume et les Usages dans le Droit privé positif*, Lausanne, Boyard, 1938.
- PAGE (H. DE). *De l'Interprétation des Lois*, 2 v., Bruxelles, Paris, 1925.
- PASQUIER (H. DU). *Introduction à la théorie et à la philosophie du Droit*, Sirey, 1937.
- PERREAU E. *Technique de la jurisprudence en Droit Privé*, 2 v., Rivière, 1923.
- PICARD E. *Le Droit pur*, Flammarion, 1908.
- PICARD E. *Les Constantes du Droit*, Flammarion, 1921.
- RADBRUCH G. *Du Droit Individualiste au Droit Social*, APDS, 1931, c. 1-2.
- RADBRUCH G. *La Théorie anglo-américaine du Droit*, APDS, 1936, c. 1-2.
- RADBRUCH G. *La Sécurité en Droit d'après la théorie anglaise*, APDS, 1936, c. 3-4.
- RAY J. *Essai sur la Structure logique du code civil français*, Alcan, 1926.
- RENARD G. *Droit, Justice et Volonté*, Sirey, 1924.
- RENARD G. *Le Droit, la Logique et le Bon Sens*, Sirey, 1925.
- RENARD G. *Le Droit, l'Ordre et la Raison*, Sirey, 1927.
- RENARD G. *La Valeur de la Loi*, Sirey, 1928.
- RENARD G. *La Théorie de l'Institution*, Sirey, 1930.
- RENARD (R. P. G.). *Thomisme et Droit social*, Revue des Sciences Théologiques et Philosophiques, 1934.

- RENARD (R. P. G.). *De l'Institution à la Conception analogique du Droit*, APDS, 1935, c. 1-2.
- RENARD (R. P. G.). *La Philosophie de l'Institution*, Sirey, 1939.
- RICHARD G. *L'Origine de l'Idée de Droit*, Paris, 1892.
- RIPERT G. *La Règle morale dans les Obligations civiles*, Pichon, 1925.
- RIPERT G. *Le Régime Démocratique et les Principes du Droit civil*, Sirey, 1935.
- ROUAST A. *Abstrait et Concret dans le Droit*, dans « Où chercher le Réel », *Cahier de la Nouvelle Journée*, n° 9, Bloud, 1927, p. 170.
- RUMPF G. *Le Droit et l'Opinion*, tr. fr. 1911.
- SALEILLES R. *Le Droit Commercial comparé*, *Annales de Droit Commercial*, 1891, t. V, 2^e partie, p. 217 sq.
- SALEILLES R. *Conception et Objet de la Science du Droit comparé*, *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1899-1900.
- SALEILLES R. *Rapports du Droit et de la Sociologie*, *Revue Internationale de l'Enseignement*, 1904, t. XLVIII, p. 430.
- SALEILLES R. *De la Personnalité juridique*, Rousseau, 1910.
- SALEILLES R. *Droit civil et Droit comparé*, *Revue Internationale de l'Enseignement*, 1911, t. LXI, p. 1 sq.
- SALEILLES R. *L'Individualisation de la Peine*, 2^e éd., Alcan, 1909.
- SALEILLES R. *Ecole Historique et Droit Naturel*, *Revue Trimestrielle de Droit civil*, 1902, p. 80.
- SALEILLES (L'œuvre juridique de Raymond), par Beudant, Capitant H., Gaudemet, etc., Rousseau, 1914.
- SANHOURY Al. *Le Standard juridique*, *Recueil Gény*, t. III.
- SAVIGNY. *Système du Droit Romain*, tr. Guénoux, Paris, 1855.
- SENN F. *De la Justice et du Droit*, Sirey, 1927.
- STAMMLER R. *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, 2^e éd. Berlin, 1923.
- STAMMLER R. *Wirtschaft und Recht*, 5^e éd., Berlin, 1924.
- SUAREZ F. *De Legibus*.
- SUMMER MAINE. *Etudes sur l'Ancien Droit*.
- TABBAH (Bichara). *Du Heurt à l'Harmonie des Droits*, Pedone, 1935.
- TARDE A. *Les Transformations du Droit*, Alcan, 1893.
- THOMAS D'AQUIN (Saint). I-II, q. 90, 94, 95 ; II-II, q. 57.
- TIMACHEFF N. *Droit et Pouvoir*, APDS, 1936, c. 1-2.
- TISSIER A. *L'Elaboration technique du Droit positif*, *Revue trimestrielle de Droit civil*, 1922.

- TOURTOULON (J. DE). *Les Trois Justices*, 1933.
- TRENTIN S. *La Crise du Droit et de l'Etat*, 1937.
- VAN DER EYCKEN. *Méthode positive de l'Interprétation juridique*, Paris, 1907.
- VECCHIO (G. DEL). *Leçons de Philosophie du Droit*, Sirey, 1936.
- VECCHIO (G. DEL). *Justice, Droit, Etat*, Sirey, 1938.
- VIRTON P. *La Personne humaine en face du Droit*, *Archives de Philosophie du Droit*, vol. 14, c. 2, 1938.
- WALINE. *Les Idées maîtresses de deux juristes français*, Duguitt et Hauriou, *Année Politique et Parlementaire*, 1929.
- WALINE. *Défense du Positivisme Juridique*, APDS, 1939, c. 1-2.

ETUDES PARTICULIÈRES DE SOCIOLOGIE OU D'HISTOIRE DU DROIT

- ALBERTARIO. *Studi di diritto romano*, vol. V, 1937.
- ALBERTARIO. *La perte de la possession dans le droit de Justinien*, RHDF, 1931, p. 244 sq.
- AMOS M. *La Constitution anglaise*, Sirey, 1935.
- ANDRIEU GUITRANCOURT P. *Les principes sociaux du droit canonique contemporain*, Sirey, 1939.
- BESNIER R. *De la Loi des XII Tables à la législation d'après-guerre*, *Les vicissitudes de la notion romaine de propriété*, *Annales d'Histoire économique et sociale*, 1937, p. 387 sq.
- CHENON E. *Etudes sur les controverses entre les Proculiens et les Sabinien*, Paris, 1881.
- COLLINET P. *Rôle de la doctrine et de la pratique dans le développement du droit romain au Bas Empire*, RHDF, 1928, p. 552 sq.
- DESPOIS. *Le Sahel et les pays de basse steppe*, *Les Belles Lettres*, 1939.
- DESQUEYRAT A. *La Propriété*, Spes, 1939.
- DICEY J. *Leçons sur les rapports entre le Droit et l'Opinion publique en Angleterre au XIX^e siècle*, tr. Jèze, Giard, 1906.
- DUCLOS P. *La Notion de Constitution dans l'Œuvre de l'Assemblée Constituante*, Dalloz, 1932.
- FOURNIER P. *Histoire des Collections canoniques en Occident des Fausses Décrétales au Décret de Gratien*, Sirey, 1931-32, 2 vol.
- GERNET L. *Recherches sur le développement de la pensée juridique et morale en Grèce*.
- GRANDCLAUDE M. *Cours de doctorat sur la monarchie française d'Ancien Régime*, 1932 et années suivantes, *Les Cours de Droit*.

- GUIBAL P. *L'influence de la philosophie sur le développement du droit romain*, Sirey, 1937.
- ISORÉ J. *Les Brevets d'invention au XVII^e et au XVIII^e siècle*, RHDF, 1937, p. 94 sq.
- HOUSSET. *Le Régime des Terres collectives et la fixation des indigènes au sol en Tunisie*, Librairie technique et économique, 1939.
- KUNKEL ET THIEME. *Quellen zur neuerem Privatrechtsgeschichte Deutschlands*, Weimar, 1936.
- LA BIGNE DE VILLENEUVE (DE). *Lettres aux Constituants*, *Illustration*, 12 juillet, 1941.
- LACROIX J. *Patrie, Nation, Etat*, *Chronique Sociale de France*, janvier 1941.
- LAGARDE (G. DE). *L'esprit politique de la réforme*, Picard, 1926.
- LECLERC J. *Propriété et Féodalité*, *Etudes*, 1934, t. CCXIX, p. 433.
- LE CŒUR Ch. *Le Rite et l'Outil*, Alcan, 1939.
- LÉVY BRUHL H. *Les Sociétés de commerce en France au XVII^e et au XVIII^e siècle*, RHDF, 1937, p. 249 sq.
- LÉVY-ULLMANN H. *Le système juridique de l'Angleterre*, Sirey, 1928.
- MARCY G. *Le problème du droit coutumier berbère, La France Méditerranéenne et africaine*, 1939, fasc. 1.
- MIRKINE GUETZEVITCH. *Propos de méthode*, *Revue d'Histoire Politique et constitutionnelle*, janvier-mars, 1937.
- PETRAU GAY. *La Laghsaga salienne et l'intérêt de ses survivances historiques*, RHDF, 1935, p. 454 sq.
- PRELOT M. *Sur le soixantenaire de notre Constitution*, *Politique*, juillet-août 1935, p. 582 sq.
- ROLLAND L. *La coutume constitutionnelle*, *Politique*, août 1927.
- SOULGÉ P. *Essai d'introduction à la publication des terriers foréziens*, *Compte rendu dans RHDF*, 1935, p. 755 sq.
- TOULEMON. *Crise économique et crise morale*, *Etudes*, 1936, t. CCXXVIII, p. 19 sq.
- VISSCHER (C. DE). *Nature juridique de l'abandon noxal*, RHDF, 1930, p. 465 sq.

